
منتدى اقرأ الثقافي
الطبعة الأولى ٢٠١٤

مدى سلطان الإرادة
في
الطلاق

في الشرائع والقوانين والأعراف خلال أربعة آلاف سنة

تأليف
الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي
الاستاذ المتمرس في الشريعة والقانون

طبعت على نفقة
السيد رئيس وزراء حكومة اقليم كردستان العراق
الاستاذ نيچيرفان البارزاني المحترم

مدى سلطان الإرادة في الطلاق
في الشرائع والقوانين والأعراف

تأليف : البروفيسور مصطفى ابراهيم الزلمي
الناشر: نشر احسان للنشر و التوزيع
الطبعة الأولى ٢٠١٤ - ١٤٣٥
مدير المشروع: ريدار رؤوف احمد
تصميم : جمعة صديق كاكه
المشرف على الطبع: ياسر يعقوبي

رقم الإيداع : ١٥٦٢- ١٩٨٤
رقم الدولي (ISBN) للمجموعة:
978-600-349-008-6
رقم الدولي (ISBN) للكتاب:
978-600-349-006-2

الموقع: http://zalmi.org/arabic
الايميل: dr.alzalmi@gmail.com
فيسبوك: facebook.com/dr.alzalmi

﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾

سورة النساء: ٣٤

«أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللهِ الطَّلَاقُ»

رواه ابن ماجة: ٢٠٠٨

الفهرس

الباب الرابع

الملحق

مقدمة الطبعة الرابعة:

الهدف الرئيس في الإقدام على هذا المؤلَّف والقيام بإجراء المقارنة بين الشـرائع والقـوانين والأعراف خلال أربعة آلاف سنة وبوجه خـاص في المـذاهب الفقهيـة الإسـلامية المدوَّنـة مـع مقارنتها بقوانين الأحوال الشخصية في العالم العربي والإسلامي، هو تذكير المفتي والقاضـي والمحامي بالنقاط الآتية:

١- أهمية الموضوع بالنسبة لاستمرارية حياة الأسرة.

٢- المرأة ليست بضاعة تباع وتشترى وثمنها مهرها، فهي أثمن من أن تثمَّن بالثمن.

٣- المرأةُ أمُّنا وبنتنا وأختنا وزوجتنا، والرجل خُلق من المرأة، فعلى الرجـال أن يعرفـوا مكانتها ومركزها في المجتمع.

٤- الزوجة ليست تحت رحمة الزوج إن شاء أمسكها وإن شـاء طلّقهـا، فـالطلاق أبغـض الحلال شُرِّع للضرورة والضرورات تقدر بقدرها.

٥- الزواج ميثاق غليظ وشركة روحية رأس مالها الحب المتبادل والاحترام المتقابل، وربحها انجاب جيل جديد صالح.

٦- الإسلام يأبى أن ينهار على رؤوس الـزوجين والأولاد بلحظـة واحـدة، بنـاءٌ اسـتغرق اكماله سنوات بكلفة باهظة. الفرقة بين الزوجين في القرآن تمر بثمـاني مراحـل ولا تنتهي علاقة الزوجية الاّ في المرحلة الثامنة والأخيرة.

٧- الخلط القائم بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي، وحلول المـذاهب محـل القـرآن والسنة النبوية في العمل بالإسلام، خطأ لا يغتفر مع تقديرنا العظيم لمكانة الفقهاء الذين أدّوا واجبهم خير الأداء والتزموا بـالقرآن والسـنة النبويـة وفتـاوى وأقضـية الصحابة (رضي الله عنهم)، خلافا لما عليه رجال الدين بعد توقـف الاجتهـاد مـن

الانشغال بالعلوم الآلية مدى الحياة، دون استثمارها في الإجتهاد في القرآن والسنة النبوية.

٨- المذهبية ليست تركة تنتقل من المورِّث إلى وارثه، لقد مرّ الإسلام في عصره الذهبي بأكثر من (١٥٠) سنة فلم يكن هناك مذهب ولا من يتقيد بمذهب معين، كما لم يرد إسم أحد الفقهاء من أئمة المذاهب (رحمة الله عليهم) في القرآن ولا في السنة النبوية ولا في أقضية الصحابة، فتقديس مذهب معيّن والتقيّد به مدى الحياة وانتقال هذا التقيد من جيل إلى جيل، نابع عن التخلف وعدم استيعاب روح الشريعة الاسلامية. بل من الشرك تقديس المذهب وإحلاله محل القرآن في العمل به.

٩- لقد أجمع علماء أصول الفقه على أن العامي (من لا يكون أهلا للإجتهاد) لا مذهب له، أي لا يتقيد بمذهب معين، لكن عليه تقليد مذهب يكون أكثر ملائمة وأيسر عملا وأحسن نتيجة وأقرب إلى زمن الإستفتاء، ففي القرآن يوجد التقليد، ولكن لا يوجد المذهب، قال تعالى: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ﴾.[1] فهذه الآية صريحة في عدم جواز تقليد الأموات، لأن السؤال يُوجّه إلى الأحياء دون الأموات، ولأن الأحكام تتغير بتغيّر الأزمان.

١٠- فالتقيد بمذهب معيّن في موضوع الطلاق أدى إلى تحطيم ملايين الأسر في العالم الاسلامي، وبوجه خاص في كوردستان العراق، بينما يجب الأخذ دائما بما هو أيسر عملاً بمقتضى قوله تعالى ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾[2].

١١- علينا باتباع الطريقة التي إلتزم بها الصحابي الجليل معاذ بن جبل، حين اختاره الرسولﷺ واليا وقاضيا ومفتياً في اليمن واختبره، كما في هذا الحديث، أن رَسُولَ اللَّهِﷺ لَمَّا أَرَادَ أَن يَبْعَثَ مُعَاذًا إِلَى الْيَمَنِ قَالَ: ((كَيْفَ تَقْضِي إِذَا عَرَضَ لَكَ قَضَاءٌ؟ قَالَ أَقْضِي بِكِتَابِ اللَّهِ، قَالَ: فَإِن لَمْ تَجِدْ فِي كِتَابِ اللَّهِ؟ قَالَ: فَبِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، قَالَ: فَإِن لَمْ تَجِدْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَلَا فِي كِتَابِ اللَّهِ؟ قَالَ: أَجْتَهِدُ رَأْيِي وَلاَ آلُو.. فَضَرَبَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ صَدْرَهُ وَقَالَ: الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ

---

[1] سورة نحل/ ٤٣

[2] سورة الأنبياء/٧

اللَّهِ لِمَا يُرْضِي رَسُولَ اللَّهِ)).[1] فالمفتي أو القاضي اذا لم يكن أهلاً للاجتهاد فعليه أن يسأل أهل الذكر دون تقيّد بمذهب معين، إمتثالا لأمر الله: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لا تَعْلَمُونَ﴾ [2].

١٢- الطلاق المعلق على الشرط والحلف بالطلاق لا أساس لهما في الشريعة الاسلامية، بل استُحدثا في العهد الاموي لأسباب سياسية تسربت إلى المذاهب الفقهية وأصبحت شريعة إسلامية.[3]

١٣- أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن كل تصرف شرعي (من عقد كالبيع أو إرادة منفردة كالهبة) اذا كان معلقا على شرط فهو باطل، ويضمن ذلك الزواج، فهو اذا كان معلقاً على شرط يكون باطلاً بالاجماع، في حين أنهم قالوا بصحة تعليق الطلاق على الشرط ووقوعه عند تحققه، علماً بأن الطلاق أخطر تصرف ممنوح للإنسان أن يُقدم عليه، فهو يهدم بناء كيان الأسرة على رؤوس الزوجين وأولادهما، ويُحطّم مستقبلهم غالباً، في حين أن الأسرة هي الخلية الأولى للمجتمع، إذا فسدت فسد المجتمع وعمت الرذيلة، وإذا صلحت صلح المجتمع وسادت الفضيلة.

---

[1] سنن أبي داود، رقم الحديث ٣١١٩. ولا آلو: أي لا اقصر في الإجتهاد.

[2] سورة الانبياء/٧

[3] إن التعليق في الطلاق والحلف به استُحدثا في العهد الأموي، حين كان المسؤولون في الخلافة الأموية يتهمون من يعارضهم في الخلافة والسياسة بأنهم من أنصار العلويين، فحين إلقاء القبض على من يُتهم بهذه التهمة، لم تكن هناك عقوبة سالبة للحرية بالسجن أو الحبس، لذا كانوا يلجأون إلى الحلف بالقرآن على أن لا يخونهم ولا يكون من أنصار مناوئيهم، ثم يتبين خلاف ذلك، لذا لجأوا إلى استخدام طريقة أخرى وهي التعليق بالطلاق أو الحلف به، وكان المتهم يقول إذا تعاونت مع المعارضة يقع طلاق زوجتي، أو يقول بالطلاق لا أخونكم ولا أكون من أنصار من يعارضكم، فإذا ظهر كذبه عندهم يحكمون بوقوع طلاقه، ويعدم السماح باستمرار الزوجية بينه وبين زوجته، وبهذه الطريقة ظهر التعليق بالطلاق والحلف به، ثم أصبحت هذه الطريقة محل خلاف الفقهاء، فمنهم من قال ببطلان تعليق الطلاق والحلف به، لعدم ورودها في القرآن أو السنة أو فتاوى وأقضية الصحابة، ومنهم من قال بالعمل بهما ويوقوع الطلاق إذا تحقق الشرط المعلق عليه أو حنث الحالف، وهكذا إستمر الخلاف إلى يومنا هذا بين مؤيِّد ومعارض في موضوع لا أساس له في الاسلام...
يُنظر الإسلام قبل المذاهب عقيدة وشريعة لجماعة من نوابغ العلماء. تصحيح الناشر زكريا علي يوسف، وطبعة الأمَام/ القاهرة ص١٢٠ وما يليها.

١٤- من راجع بدقة وعمق القرآن الكريم والسنة النبوية وفتاوى وأقضية الخلفاء الراشدين (ﷺ)، لا يجد نصاً واحداً يتعلق بتعليق الطلاق على الشرط، ولا حادثة واحدة من الطلاق المعلّق على الشرط.

١٥- اجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الحلف بغير ذات الله وصفاته باطل، ومن المعلوم أن ما يبنى على الباطل فهو باطل. ورغم ذلك أجازوا الحلف بالطلاق وحكموا بوقوعه إذا حنث الحالف. وفي هذا تناقض واضح لا مبرر له!

١٦- أجمعوا على أن التطليق ثلاثاً بلفظ واحد ومرة واحدة بدعة، والبدعة هي ما لم يرد بشأنه نص في القرآن أو السنة النبوية، وقالوا (كل بدعة ضلالة)، لقول الرسولﷺ ((من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد))[1].

١٧- الطلاق في القرآن محدد بالمرات لا بالأعداد، فالطلاق المقترن بالعدد لا يقع به إلا طلقة واحدة.

١٨- التقيّد بمذهب معيّن خلافا لأمر الله: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لا تَعْلَمُونَ﴾[2] أدّى إلى تدمير كثير من الأسر، على أساس وقوع الطلاق الثلاث (بلفظة واحدة ومرة واحدة) طلاقا بائناً بينونة كبرى، بحيث لا مجال لرجوع الزوجة المطلقة الى زوجها الاّ بعد أن تنكح زوجا آخر، فيدخل بها فتحصل الفرقة وتنتهي عدتها.

١٩- لجأ بعض من القائلين بوقوع الطلاق الثلاث مرة واحدة إلى حيلة، وهي الحكم ببطلان الزواج المنعقد على مذهب الشافعي لفسق الشهود، ثم استئناف عقد الزواج مرة اخرى على مذهب أبي حنيفة الذاهب إلى عدم اشتراط عدالة شهود الزواج، في حين أن الإسلام مرّ بعصره الذهبي اكثر من قرن ونصف قرن ولم يكن هناك مذهب معيّن يقلّده المسلمون. ثم أن أحكام الزواج شريعة الله وليست شريعة المذاهب حتى تُستخدم هذه الحيلة المنافية للقران والسنة النبوية والعقل السليم.

٢٠- ومن تصحيح الخطأ بالخطأ أيضا، الحكم بوقوع الطلاق الثلاث مرة واحدة، ثم اللجوء الى ما يسمى (التحليل)، وهو تزويج المطلقة من مجهول ليلة واحدة على أن يطلّقها بعد الدخول بها، علما بان زواج التحليل باطل لأسباب كثيرة منها:

---

[1] الهيتمي المكي/ الزواجر ٩٩/١

[2] (وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ إِلَّا رِجَالاً نُوحِي إِلَيْهِمْ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لا تَعْلَمُونَ) (النحل:٤٣)

أ- زواج مؤقت وهو باطل.

ب- زواج بشرط التطليق بعد الدخول وهو باطل.

ج- عدم وجود ركن التراضي في عقد الزواج، لان الزوجة المطلقة المسكينة لا ترضى بان تكون زوجة لهذا المجهول مدى الحياة، فهي وافقت على هذا الزواج تحت ضغط الاضطرار.

د- قول الرسول ﷺ: ((ألا أخبركم بالتيس المستعار؟)) قالوا بلى يا رسول الله، قال: ((هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلَّل له))[1].

هـ- عدم تحقق حكمة قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [2] لان الحكمة هي مقارنة الزوجة المطلقة بين الزوج الجديد والزوج الأول، حتى تشعر بخطأها إذا كانت هي المقصرة، وقل مثل ذلك بالنسبة للزوج المطلق، فيقارن بين الزوجة الجديدة والزوجة المطلقة، ويتبين له خطأه إذا كان هو المخطيء، أو يشعر بان زوجته أصبحت في حضن غيره.

ولزيادة الإيضاح والفائدة وتنبيه المقلدين المتعصبين لمذهب معين على أخطائهم، أضيف إلى النقاط المذكورة ملخص ما ورد في كتاب (الإسلام قبل المذاهب عقيدة وشريعة).[3]

١- يجوز الطلاق قبل الدخول في أي وقت طلقة واحدة.

٢- لا يقع الطلاق في الحيض ولا في النفاس ولا في طهر مسها المطلق فيه، الا إذا استبان حملها.

٣- الطلاق المعلق بجميع صوره وألفاظه لا يقع به شيء اصلا.

٤- اليمين بالطلاق لغوٌ، ولا يقع به الطلاق.

٥- المعتدة لا يلحقها الطلاق.

٦- الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لا يقع به إلا واحدة.

٧- لا يقع أي طلاق إلا إذا كان بحضور شاهدي عدل سامعين فاهمين.

٨- لا تصح الرجعة إذا قُصد بها المضارة، ومن المضارة أن يراجعها قاصدا إيقاع طلقة أخرى بعد الرجعة.

---

[1] ابن ماجه، رقم الحديث ١٩٣٦.

[2] البقرة:٢٣٠

[3] المرجع السابق ص١٢٠

وفي ختام هذه المقدمة أوصي علماء الدين الإسلامي بان يميّزوا بـين الشـريعة الإسـلامية التي هي عبارة عن نصوص القـرآن الكـريم والسـنة النبويـة الصـحيحة الـتي لا تقبـل التعديل والتبديل، وغير قابلة للخطأ، وبين الفقه الإسلامي الذي هو عبارة عـن اجتهـادات الفقهاء وشروح تلك النصوص التي هي قابلة للتعديل والتبديل في ضوء مـتغيرات الزمـان والمكان، ومن الواضح أن الشريعة ملزمة لكل أنسان عقيدةً وعملاً وتقيداً بها في كل زمـان ومكان، بخلاف المذاهب فهي غير ملزمة لا عقيدة ولا عملا.

المؤلف

المقدمة

وحدة الرجل مع المرأة في صورة الزواج هي الاساس الطبيعي لضمان بقاء النوع البشري، فالغريزة الجنسية لم تُخلق لتكون غاية في ذاتها، وانما هي وسيلة لهدف أسمى هـو اسـتمرارية حياة الانسان، وبقاء سلالته المتعاقبة بما يتفق وكرامته المنصوص عليها في قولـــه تعـــالى ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ﴾[1].

وايمانا بهذه الحقيقة تفرعت عن الغريزة الجنسية ثلاث غرائز فرعية هي:

أ ـ الغريزة الشهوانية الحيوانية بين الجنسين، تلك الفتنة التي تجذب أحدهما نحو الآخر.

ب ـ غريزة العاطفة الروحية المهذبة (الحـب المعنـوي) بـين الـزوجين عـن طريـق الحيـاة الزوجية.

ج ـ غريزة الحب العائلي الذي يربط بين الابوين من جهة، وبينهما وبين الأولاد من جهـة اخرى.

هذه الثالثة هي أسمى الغرائـز، لانهـا الاسـاس الحقيقـي للرابطـة الاجتماعيـة والمنبـت الطبيعي لانبات خلايا بناء المجتمع، فان أنبت نباتا حسنا صلح المجتمع، وان أنبت نبـات سوء فسد المجتمع.

فالقيود المفروضة على سلوكية الانسان ضمانا لبقائه ليست مما تقهر الطبيعة، وانما هـي من مقتضياتها، فكل سلوك تجاوز حدود تلك القيود سلوك مضاد للطبيعة.

والشريعة الاسلامية ـ كبقية الشرائع السماوية ـ بحكم فطريتها لا يمكن بـأي حـال مـن الاحوال أن تُفسر أوامرها ونواهيها بانها محـاولات لقمـع الطبيعـة، وانمـا هـي أتـت لترسـم الطريقة المثلى للعلاقات الزوجية، كي لا تتحول الغريزة الجنسية الى غير ما خُلقت له.

والمرأة ليست بضاعة تباع وتشترى، فهي ما دامت متحفظة بالمكانة الموهوبة لهـا، أثمـن من أي ثمن أيا كان كمه وكيفه.

[1] ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً﴾ (الاسراء:٧٠)

والمرأة لم تخلق لتصبح دُولة بين الازواج، وانما هي شريكة في شـركة الحـب والوئـام والمـودة والرحمة، ليسكن اليها زوجها، فيعيشان كروحين في جسد واحد، يقتسـمان السـراء والضـراء، مادامت الحياة الزوجية باقية، كما نص على هذه الحقيقة القـرآن الكـريم ﴿وَمِـنْ آيَاتِـهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِـكَ لَآيَـاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[1].

والمرأة لم تخلق لتكون عاملة المعمل أو كاتبة المكتب أو... وانما هي ام انسان سخر لـه مـا في الكون ﴿وَسَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً مِنْهُ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[2].

والمرأة أن كانت نصف المجتمع من حيث الكم، فانها ثلاثة أضـعاف نصـفه الآخـر مـن حيث الكيف، كما ثبت ذلك على لسان رسول الله محمد صلى الله عليه وسلم، حين سأله أحد اصحابه قائلاً: ((مَنْ أَحَقُّ النَّاسِ بِحُسْنِ صَحَابَتِي قَالَ: أُمُّكَ. قَالَ: ثُمَّ مَنْ. قَـالَ: ثُـمَّ أُمُّـكَ. قَالَ: ثُمَّ مَنْ. قَالَ: ثُمَّ أُمُّكَ قَالَ: ثُمَّ مَنْ. قَالَ: ثُمَّ أَبُوكَ))[3]. ففضـل الأم علـى الأب ثـلاث مرات.

وانطلاقاً من هذه المكانة التي يجب أن تتمتع بها الزوجة كأم المجتمع، وبنـاء علـى تلـك الغاية السامية المتوخاة من بناء الكيـان الزوجـي، أخـذت الشـرائع السـماوية، والعـادات البشرية، والقوانين الوضعية، تحاول منذ زمن بعيد وضع أسس وقواعد متينـة لكـي تتخـذ أساسا لهذا البناء، بغية دوامها ورغبة في استمرارها بطريقة سليمة.

كما كانت تشدد في فرض قيود على ارادة الزوجين ـ وبصورة خاصة الـزوج ـ حـذرا مـن اتخاذ أية خطوة نحو هدم هذا الكيان بعد بنائه. لان آثـار أنهيـاره السـلبية لا تقتصـر علـى الزوجين فحسب، وانما تتجاوزهمـا الى الأولاد بالدرجـة الأولى، والاقـارب بالدرجـة الثانيـة والمجتمع بالدرجة الثالثة.

فالأولاد يفقدون حنان الأم، ورعاية الأب، فيصبحون هـم والأيتـام علـى قـدم سـواء في التشرد والحرمان من العطف والتوجيه والتربية والرعاية...

---

[1] سورة الروم: ٢١.

[2] سورة الجاثية: ١٣.

[3] عنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ قَالَ جَاءَ رَجُلٌ إِلى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ مَنْ أَحَقُّ النَّاسِ بِحُسْنِ صَحَابَتِي قَالَ: (أُمُّكَ. قَالَ: ثُمَّ مَنْ، قَالَ: ثُمَّ أُمُّكَ. قَالَ: ثُمَّ مَنْ، قَـالَ: ثُـمَّ أُمُّـكَ. قَـالَ: ثُـمَّ مَنْ، قَالَ: ثُمَّ أَبُوكَ). {البخاري: ٥٥١٤}.

والفراق الزوجين بالطلاق كثيراً ما يؤدي الى إحداث التوتر، والتمزق، والعداوة بين أسرتي الزوجين وأقاربهما.

ومن الطبيعي أن تنعكس هذه الآثار السلبية، والنتائج السيئة على حياة المجتمع، وبوجه خاص في مجال أنتشار الجهل والفقر وتفشي الجرائم الخلقية والاقتصادية.

أهمية الموضوع:

تبدو أهمية دراسة وبحث موضوع (مدى سلطان الإرادة في الطلاق) في الأمرين التاليين:

١ـ أصبح الطلاق ظاهرة خطيرة متفشية في المجتمع، ومرضاً اجتماعياً منتشراً بحيث أدى الى خراب بيوت، وتمزق أسر، وتفكك علاقات، وتشرد أولاد، وتحطم نساء.... كل ذلك نتيجة عدم رعاية الشروط والقيود والأسس المعتبرة في الزواج والطلاق.

٢ـ أخذ البعض من غير المسلمين، ومن المسلمين ممن يركضون وراء السراب، يطعنون نظام الطلاق في الاسلام بزعم أنه منح الزوج حرية الارادة والسلطة المطلقة في الاقدام على الطلاق، ونظر الى المرأة كبضاعة تباع وتشترى، وهي تحت رحمة الزوج أن شاء أمسكها وان شاء طلّقها.

لذا حاولت في هذا المؤلف أن أستعرض أنظمة الطلاق لدى بعض الأمم القديمة، وفي الشريعتين (الموسوية والعيسوية)، وفي الشريعة الاسلامية، وبعض القوانين الوضعية الحديثة للدول الشرقية والغربية، مع التركيز على أهم القيود المفروضة على ارادة الزوجين في الطلاق وفقا لتلك الشرائع السماوية والوضعية.

ومن المعلوم أن الشريعة الاسلامية هي الدستور المعدل الأخير لبقية الدساتير السماوية، كما نص على ذلك القرآن الكريم: ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحاً وَالَّذِي أوحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أن أقِيمُوا الدِّينَ وَلا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ﴾[1]

وبناء على هذه الحقيقة الواضحة أخذت دراسة الطلاق في هذه الشريعة الغراء قسطاً كبيراً من الاهتمام والجهود، بحيث بحثنا قدر المستطاع كل آية قرانية أو سنة نبوية، لها علاقة

[1] (شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحاً وَالَّذِي أوحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أن أقِيمُوا الدِّينَ وَلا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ كَبُرَ عَلَى المُشْرِكِينَ مَا تَدْعُوهُمْ إِلَيْهِ اللَّهُ يَجْتَبِي إِلَيْهِ مَنْ يَشَاءُ وَيَهْدِي إِلَيْهِ مَنْ يُنِيبُ) (الشورى:١٣).

بتنظيم أحكام الطلاق، وقمنا باجراء مقارنة بين آراء فقهاء المسلمين دون أنحيـاز أو تعصـب لأي مذهب معين، لان هدف الكل هو الوصول الى الحق وارضاء الله وخدمة البشرية.

وبعد هذه الدراسة التحليلية والاستنتاجية، وصلنا الى حقيقة وهي أنه لا يجوز لأي مـن الزوجين أن يلجأ الى استخدام سلاح الطلاق أو التفريق القضائي، الا بعد نفاذ جميـع الطـرق الاصلاحية لذات البين.

خطة البحث:

قسمنا دراسة هذا الموضوع من الناحية الشكلية الى خمسة ابواب:

الباب الأول: الطلاق لدى بعض الأمم القديمة.

الباب الثاني: الطلاق في التعاليم الموسوية (١٢٠٠ ق.م.) تقريبا.

الباب الثالث: الطلاق في التعاليم المسيحية.

الباب الرابع: الطلاق في الإسلام.

الباب الخامس: الطلاق في بعض القوانين المعاصرة.

وفي الخاتمة استخلصنا أهم القيود المفروضة على إرادة الطلاق.



الباب الأول

الطلاق لدى بعض الأمم القديمة

ويتضمن خمسة فصول:

الفصل الأول: الطلاق في وادي الرافدين

الفصل الثاني: الطلاق في وادي النيل

الفصل الثالث: الطلاق في الشرق الأقصى

الفصل الرابع: الطلاق في أوربا

الفصل الخامس: الطلاق في الجزيرة العربية قبل الإسلام



نقتصر في هذا الباب على الطلاق لدى بعض الأمم القديمة التي اتسمت بطابع تشريعي وازدهار حضاري وهي:-

١- في الشرق الأوسط: (وادي الرافدين).

٢- في افريقيا: (وادي النيل).

٣- في الشرق الأقصى: (الهند، والصين، واليابان، والفرس).

٤- في أوربا: (اليونان، والرومان).

٥- في الجزيرة العربية (العرب قبل الاسلام).

فان تشريعات هذه البقاع من العالم القديم قد تناولت أحوال الأسرة من الزواج، والطلاق، وغيرهما في ضوء العادات والتقاليد والتشريعات السائدة لديها.

فمنهم من أباح الطلاق لأتفه الأسباب.

ومنهم من أخذ بفكرة الطلاق المقيد: أجازه لأسباب محددة وأباحه في حالات خاصة دون غيرها.

ومنهم من أعطى حق التطليق للزوجين.

ومنهم من لم ير ذلك الا حقاً طبيعيا للزوج يستخدمه متى شاء.

ولعدم الوصول الى تاريخ متسلسل لتطور التأريخي للطلاق في هذه البقاع من جهة، ولان الموضوع هو مدى سلطان الارادة في الطلاق دون تطوره من جهة ثانية، لم نتبع طريقة الترتيب الزمني في الطلاق لدى هذه الأمم، بخلاف ذلك في الشرائع السماوية حيث أنها متسلسلة فجاءت اللاحقة منها لتكمل السابقة.

وقد أفردنا بالبحث لكل بقعة من هذه البقاع في العالم الطلاق في فصل خاص. راجياً من الله ﷻ العون.

(وهو وليّ التوفيق)

الفصل الأول
الطلاق في وادي الرافدين

سبق العراقيون شعوب العالم بزهاء ألفي سنة في المجالات الحضارية - بصورة خاصة في التشريعات - حسب ما اثبتته الدراسات الأثرية والتأريخية[1].

ونظام الطلاق كان معروفاً في العراق القديم منذ عهد السومريين[2]، أي بحوالي أربعة آلاف سنة قبل الميلاد.

والتشريعات العراقية القديمة أخذت بفكرة الطلاق المقيد، ولم يقصر - الا نادرا - حرية سلطان ارادة الزوجين في الطلاق، وذلك كمحاولة لتضييق نطاق الطلاق من جهة، ولضمان حقوق الزوجة ضد التصرفات التعسفية للزوج من جهة ثانية.

غير أن هناك نقطة جوهرية من الضروري الإشارة اليها وهي التمييز بين قيود يكون عدم رعايتها مبطلا للطلاق، وبين قيود مخالفتها لا تُبطل الطلاق وانما توجب آثاراً مالية وعقوبات بدنية يتحملها كل من بادر الى الطلاق دون سبب يبرره. فالتشريعات العراقية أخذت بالنوع الثاني من القيود فهي أحياناً تكون قاسية وتصل الى درجة العقاب بالموت مهما كانت أسباب الطلاق.

ويدل على ذلك ما ورد في المادة (٥) من اللوح السابع من سلسلة (انا ايتشو) من أنه (اذا كرهت الزوجة زوجها وقالت له: (انت لست

---

(١) ينظر الدكتور فوزي رشيد: الشرائع العراقية القديمة. طبعة دار الحرية بغداد ١٩٧٩ ص١٤ وما بعدها.

(٢) سكن جنوبي العراق حوالي (٤٠٠٠ ق.م) أقوام يتميز منهم السومريون بتراث ديني وثروة فكرية عالية. ينظر الاستاذ عمر فروخ: الاسرة في الشرع الاسلامي (ص١٢). والاستاذ فاروق الدملوجي: الالوهية في المعتقدات الوثنية ٢/١٥.

زوجي) عليهم أن يلقوها في النهر) [1].

الاّ أن قانون حمورابي [2] قيد أنزال هذا العقاب بوجوب استصدار قـرار قضائي، وبان تكون الزوجة قد ارتكبت ما يدنّس شرف زوجها.

وجاء في المادة (٦) من اللوح المذكور أيضاً: (اذا قـال الـزوج لزوجتـه: (انت لست زوجتي) فعليه أن يدفع نصف (المنا) [3] من الفضة).

ويقول ول ديورانت: (كان ينتظر من المرأة الـسومرية أن تلـد لزوجهـا وللدولة كثيراً من الأبناء، فان كانت عاقراً جاز طلاقها لهـذا الـسبب، أمّا إذا كرهت الأم أن تقوم بواجب الأمومة فكانت تقتل غرقاً..)

ويقول أيضاً: (وكان عقم الزوجة، وزناها، وعـدم اتفاقهـا مـع زوجهـا وسوء تدبيرها لمنزلها كانت هذه في حكم القانون مما يجيز طلاقها)) [4].

ولعدم تمييز بعض البـاحثين [5] بـين النـوعين المـذكورين مـن القيـود، خلطوا بينهما وذهبوا خطأ الى القول: بان التشريعات العراقية أخـذت بفكرة الطلاق المطلق.

ولأهمية هذا الموضوع نحاول أن نوزع دراسة موضوع هذا الفصـل علـى ستة مباحث، مع مراعاة الترتيب الزمني في العرض كما يلي:

---

(1) ينظر الدكتور صبيح مسكوني تاريخ القانون العراقي القديم ص٢٢٠.

(2) ينظر المادتين (١٤٢،١٤٣) من قانون حمورابي.

(3) جاء هذا اللفظ (المنا) في ترجمات التشريعات العراقية القديمة بتعابير أخرى، فورد مرة (من)، وتارة (منا) وأخرى (مينا). وكما حصـل الخـلاف في لفظه وكتابته كذلك اختلف في تحديد مقداره بالأوزان الحديثة. ففي كتاب (الزواج والطلاق في جميع الأديان) للمراغي (ص٥١٤): (المن) يساوي ٦٩٨,٥غم. وفي الاسرة في الشرع الاسلامي المرجع السابق (ص١٣): المن لا نعرف اليوم مقداره ولعله يبلغ الرطلين أو (٩٦٠) درهما. لكن الذي يعتمد عليه في اعتقادي هو ما جاء في جدول الأوزان في الشرائع العراقية القديمة المرجع السابق (ص٤٠) من أنه يعادل في الأوزان الحالية (٥٠٥غم).

(4) ينظر قصة الحضارة تأليف ول ديورانت، ترجمة محمد بدران ٢/٢٣٢.

(5) مثل الدكتور ابراهيم عبد الكريم الغازي في كتابه (تـأريخ القـانون في وادي الرافـدين والدولـة الرومانية (ص١٣٢) حيث يقول: (ويلاحـظ أن التشريعات العراقيـة الـتي وصـلتنا حتـى الان مكنت الزوج من ايقاع الطلاق بصورة مطلقة دون أن تضع حداً لارادة الزوج بشان ذلك).

المبحث الأول

الطلاق في قانون اورنمو[1]

يرى علماء الآثار والتأريخ أن الملك (أور ـ نمو) يعتبر المؤسس الأول لسلالة أور الثالثة التي حكمت مدينة أور، والمقنن الأول لاقدم شريعة سومرية اكتشفت لحد الان. وقد سبق قانون حمورابي بثلاثة قرون، فهو أقدم قانون لا في العراق فحسب بل في العالم كله.

ففي عام ١٩٥٢ تعرف عالم السماريات (صموئيل كريمر) على لوح مسماري باللغة السومرية في متحف الآثار الشرقية في اسطنبول الذي عثر في مدينة (نفّر) ثم تم التعرف على كسرتين من الطين في مدينة أور من قبل بعثة أنكليزية.

وعلى الرغم من النقصان الموجود في بداية المواد، ووسطها، ونهايتها، فانه يمكن تصنيف المواد المتبقية الى مجموعات متميزة، عالجت كل مجموعة موضوعاً مستقلا.

فالمجموعة الأولى من (٤ـ١٢) بالاضافة الى المادة (٣٤) تناولت الاحوال الشخصية، وأخذت بفكرة الطلاق المقيّد، فلم يقر حرية سلطة الارادة في الطلاق. غير أنه لحد الان لم تتضح بصورة دقيقة الحالات التي يحق للرجل أن يطلق زوجته فيها، والمجالات التي يجوز للزوجة الطلاق.

ومع ذلك فانه أكد على الضمان المادي للمرأة في حالة طلاق الزوج لها دون سبب.

ومما يلفت النظر من هذا القانون هو أنه فرق بين مطلقة الزوج الأول والمطلقة من زوج ثان، فيما يرتبه على الطلاق من الضمان المالي للزوجة، إذ تستحق الثانية نصف ما تستحقه الأولى. فعلى الزوج الذي يطلق زوجته الأصلية (لم تكن أرملة قبل زواجها) أن يدفع

---

[1] اختلفت المصادر في تحديد حكمه وحكم سلالته: ففي الشرائع العراقية القديمة المرجع السابق (ص٢٢٣): (حكم الملك أورنمو من (٢١١١ـ٢١٠٣ ق.م). وفي تاريخ القانون العراقي القديم المرجع السابق (ص٩٣): (صدر قانون الملك أورنمو (٢٠٦١ـ٢٠٤٣ ق.م). وفي تاريخ القانون في وادي الرافدين والدولة الرومانية المرجع السابق (ص٦٠): (حكمت سلالة أور الثالثة بين (٢١٥٠ـ٢٠٠٥ ق.م). وأورنمو تولى الحكم (٢١١١ ق.م). وفي القانون في العراق القديم للدكتور عامر سليمان (ص١٩١): (وينسب القانون الى الملك أورنمو (٢١١٣ـ٢٠٩٥ق.م) وهكذا...

لها مناً (من الفضة)[١]. أمّا إذا طلقها وهي كانت أرملة قبل زواجها فعليـه أن يـدفع لهـا نصف (المنا) من الفضة[٢].

ويرى بعض الباحثين[٣]: أن هذا الفرق لم يكن ناشئاً من التفاوت بين المطلقتين في المركـز الاجتماعي، وانما كان ذلك يعود الى أن المطلقة من الزوج الثـاني أن كانـت مطلقـة للـزوج الأول فقد أخذت منه منا من الفضة، وان كانت من المتوفى عنها زوجها فقد حصلت علـى حقها من الميراث. وهذا التحليل وجيه الا أنه لا يقطع الشك في احتمال وجود اسباب أخرى.

وفرّق قانون أورنمو أيضاً بين المطلقة من الزواج الشرعي والمطلقة من الزواج الفاسد، فقرر أن الثانية لا تستحق شيئاً من الضمانات المترتبة على الطلاق[٤].

ومن الجدير بالذكر أن الزواج في الشرائع العراقية القديمة بصورة عامة كان يشـترط فيـه رضاء والدي الزوجة، والأهلية، والتسجيل في رقم طـيني[٥] بالاضـافة الى تضـمنه للأمـور التالية:

١ـ إسم الزوجين.

٢ـ هدية الزواج (المهر).

٣ـ أسماء الشهود وتاريخ تحرير العقد.

٤ـ التعهد المقترن بالقسم على عدم الاخلال بالالتزامّات الزوجية المترتبة على الزواج.

٥ـ العقوبات التي يستحقها الطرف الذي ينكر العلاقة الزوجية.

---

[١] المادة (٦) من قانون أورنمو تنص على ما يلي: (اذا طلق رجل زوجته الاصلية ـ غير متزوجـة من زوج سابق ـ عليه أن يدفع لها (المنا) من الفضة).

[٢] تنص المادة (٧) على أنه (اذا طلق رجل زوجته ـ التي كانت ارملة قبل زواجها منه ـ عليه أن يدفع لها نصف (المنا) من الفضة).

[٣] ينظر الدكتور فوزي رشيد المرجع السابق ص٤٦.

[٤] تنص المادة (٨) على ما يلي: (اذا كان الرجل قد عاشـر أرملـة بـدون عقـد زواج أصـولي فـلا يحتاج أن يدفع لها شيئاً على الطلاق في حالة طلاقها)... يفهم من مفهوم مخالفـة (أرملـة) أن حكم معاشرة البكر تختلف ويعزى ذلك الى أن الارملة مجربـة وعارفـة بشـروط واحكـام الـزواج فتعاقب بالحرمان.
غير أن المادة (٣٤) من قانون أورنمو والمادة (٣٤) ايضا من القوانين الأشورية الوسطية تنص على أن الزواج الفاسد بسبب عدم تحرير العقد يصبح زواجا صحيحا شرعيا بالتقادم أي بمرور سنتين على المعاشرة.

[٥] تنص المادة (٢٨) من قانون اشنونا على أنه (اذا تزوج رجل امرأة بدون سؤال ابيها وامها ولم يقم وليمة ليلة الزفاف ولم يكتب بذلك عقدا مختوما مع أبيها وامها، فلا تعتبر هـذه المـرأة زوجة شرعية). وجاء بنفس المعنى قانون حمورابي (م١٢٨).

المبحث الثاني

الطلاق في قانون (لبت . عشتار)[1]

لبـت عشـتار هـو خـامس ملـوك سـلالة أيسـن (٢٠١٧ــ١٧٩٤ق.م) وحكـم مـن (١٩٣٤ــ١٩٢٤). فقانونه هو الآخر مدون بالخط المسماري واللغة السومرية[2]. وتم التعرف لحد الان على (٣٧) مادة منه وهو مقسم الى سبع مجموعات كل مجموعة تعالج نوعا خاصا من الأحكام. والمجموعة السادسة (٢٠ــ٣٣) ذات علاقـة بـالاحوال الشخصـية ويضـمنها أحكام الطلاق.

ويبدو واضحا من بين ثنايا نصوص هذا القانون أنه لم يقر حرية الارادة في الطـلاق وان لم يثبت فيه لحد الان معيار يميّز الحالات التي يسمح فيها بالطلاق من غيرها، وكـل مـا ثبـت لحد الان هو أن الخيانة الزوجية من الزوج كانت بموجبه من الأسباب التي تبرر للزوجة طلب الطلاق وتدخل القضـاء، بالاضافة الى وجوب دفع المهر الكامل لها، وحرمان الزوج من زواج الزانية كعقوبة اضـافية[3].

---

(1) وفي بعض المصادر (لبت عشتار). ينظر الدكتور محمود الأمين، قوانين حمورابي ص٧. ولا نجد ايضا في الشروح والترجمات تاريخا محددا لهذا المشرع وسلالته. ففي قوانين حمورابي المرجع المذكور: (١٨٧٥-١٨٦٥ق.م) حكم لبت عشتار. وفي تـاريخ القـانون في وادي الرافـدين والدولة الرومانية المرجع السابق (ص٦٥): أن الملك لبت عشتار تولى الحكم في دولـة ايسـن في حدود (١٩٠٠ق.م). وفي القانون في العراق القديم المرجع السابق (ص١٩٩): (لبت عشتار خامس ملوك سلالة ايسن الذي حكم في الفترة (١٩٣٤-١٩٢٤ق.م). وفي الشرائع العراقية القديمة المرجع السابق (ص٥٤): (سلالة ايسن (٢٠١٧ــ١٧٩٤ق.م) وحكم لبت عشـتار (١٩٣٤ــ١٩٢٤ق.م). فقانونه هو الآخر مدون بالخط المسماري واللغة السومرية.

(2) عثر على هذا القانون في عام ١٩٤٧م في (تل حرمل) مدونا على أربعة ألواح طينية مشتملة على مقدمة وخاتمة وعلى (٣٧) مادة، ويعتقد بعض علماء الآثار مثل: (درايفر) و (ما يلـز) أن هـذه المواد جزء من قوانينـه الأصـلية الـتي كانت تضـم زهـاء مائـة مـادة. ينظـر الـدكتور صـبيح مسكوني المرجع السابق ص٩٨.

(3) تنص المادة (٣٠) من هذا القانون على ما يلي: (اذا عاشر شاب متزوج زانية من الشارع وامره القضاء بعدم زيارتها، ثم طلق زوجته ودفع لها صداقها، فلا يحق له الزواج مـن الزانيـة) ينظـر الشرائع العراقية القديمة المرجع السابق ص٦٥.

ولم يسمح هذا القانون بطلاق الزوجة بسبب عقمها، كما لم يقر الـزواج مـن زوجـة ثانيـة بحجة عقم الزوجة ما دامت هي على قيد الحياة[1]. وكـذلك لم يـبح للـزوج أن يطلـق زوجتـه لاصابتها بمرض لا يرتجى شفاؤها منه، وانما أجاز له الزواج من زوجة ثانيـة شـريطة مـداراة ومراعاة الزوجة المصابة من قبل الزوج والزوجة الثانية[2].

ومن الجدير بالذكر أن ما يفهم من نصوص التشريعات العراقية القديمة هو عـدم جـواز تعدد الزوجات الا لعذر وفي حالات الضرورة[3].

[1] المادة (٢٧) من قانون لبت عشتار تنص على ما يلي: (اذا لم تلد زوجة اطفالا، ولكن زانية من الشارع ولدت له اطفالا عليه (على الزوج) أن يجهز الزانية بالحبوب والزيت واللبـاس (أي يهـتم بإعالتها). والاطفال الـذين ولـدتهم الزانيـة سـيكونون ورثتـه (أبنـاءه الشـرعيين). ومـا دامـت زوجته (التي لم تلد) على قيد الحياة فلا يجوز للزانية أن تعيش معها في البيت).

[2] المادة (٢٨) منه تنص على أنه: (إذا فقدت زوجة رجل نظرهـا أو اصـيبت بالشـلل فـلا يجـوز لخراجها من البيت (من بيت زوجها) واذا اخذ زوجها إمرأة ثانية فعلى الزوجة الثانيـة اعانـة (مداراة) الزوجة الأولى (المصابة بالعمى والشلل). وعلـى الـزوج لعالـة زوجتـه الثانيـة وزوجتـه الأولى).

[3] ينظر المـادة (٣٤) مـن قـانون (لبـت عشـتار)، والمـادة (٦٠) مـن قـانون (ليشـنونا)، والمـادة (١٦٧) من قانون حمورابي.

المبحث الثالث

الطلاق في قانون اشنونا[1]

يعود تاريخ قانون بلالأمّا ملك اشنونا (١٨٦٠ق.م) الى ما قبل حكم حمورابي ويتكون من مقدمة مكتوبة باللغة السومرية ومن (٦٠) مادة دونت باللغة البابلية[2]، وهي موزعة على سبع مجموعات، تعالج المجموعة الرابعة (٢٥ـ٣٢) أحكام الاسرة، بالاضافة الى المادتين (١٧) و (١٨) الخاصتين بتحديد مركز أحد الزوجين عند وفاة الآخر، غير أنهما وضعتا ضمن المجموعة الخاصة بالعقوبة التجارية. وكذلك المادة (٦٠) المتعلقة بالطلاق وضعت في نهاية مواد القانون وبمعزل عن بقية المواد ذات العلاقة بالاحوال الشخصية. وبصدد الفرقة بين الزوجين تناول هذا القانون موضوعين: أحدهما الطلاق دون السبب وعقابه، والآخر فسخ الزواج من قبل الزوجة بسبب غياب الزوج.

أولا ـ الطلاق دون سبب:

هذا القانون رغم أنه لم يبيّن لنا أسباب الطلاق، الا أنه شدّد على تقييد حرية ارادة الزوجين في الطلاق وبصورة خاصة بعد أنجاب الأولاد، حيث فرض عقوبة قاسية مادية وأدبية على كل زوج يطلق زوجته بعد أن تلد له الأولاد ويتزوج من زوجة ثانية، وهذه العقوبة تتمثل في طرده من بيته وحرمانه من جميع ما يملكه من الأموال المنقولة وغير المنقولة[3].

---

[1] في بعض المصادر ايشنونا بدلا من (اشنونا) و (بيلالأمّا) بدلا من (بلالأمّا) ينظر قوانين حمورابي المرجع السابق ص٨. والشرائع العراقية القديمة المرجع السابق ص٨٣ .

[2] ولا يعرف بالضبط عدد المواد القانونية التي يتضمنها قانون اشنونا ويرى علماء الآثار والمؤرخون أن عددها يقارب (١٠٠) مادة، غير أن الالواح المكتشفة والمترجمة لحد الان تضم (٦٠) مادة.

[3] تنص المادة (٦٠) من قانون اشنونا على ما يلي: (اذا طلق رجل زوجته بعد أن ولدت منه أولادا. وأخذ زوجة ثانية، فسوف يطرد من بيته وتُقطع علاقته بجميع ما يملك وليتبعه من يريده). ويلاحظ أن رقم المادة (٦٠) في بعض المصادر هو (٥٩).

ويدل ذلك على مدى اهتمام المشرع العراقي القديم باستقرار العلاقـة الزوجيـة والحفـاظ عليها ضد استخدام سلاح الطلاق ما دامت هناك طرق أخرى لاصلاح ذات البين.

ثانيا ـ الفسخ بالغياب:

إذا غاب الزوج بحيث لا يُعرف مصيره من الحياة أو الممات، كان اختطـف اثنـاء الحـرب، أو غارة، أو أخذ أسيراً، واستمر غيابه مدة يعتبرها العرف السـائد طويلـة، يحـق للزوجـة حـل الرابطة الزوجية بارادتها المنفردة والزواج من زوج ثان. فقانون اشنونا اعترف بذلك حيث لم يعتبر الزوجة مذنبة، الا أنه اعطى الحق للزوج الأول (الغائب) باسـترجاعها وان أنجبـت مـن الزوج الثاني أولادا، شريطة أن يكون غيابه لعذر مشروع[1]. أمّا اذا كان غيابه غير مشروع بان كان كارها لوطنه أو لملكه وهاربا، فلا يحق له استرجاع الزوجة بأي حال من الاحوال[2].

---

[1] تنص المادة (٣٠) من قانون اشنونا على ما يلي: (اذا خطف رجل اثناء حرب، أو غارة، أو أخذ أسيرا، وبقي في البلد الثاني (الغريب) مدة طويلة وتزوج رجل آخر زوجته وولدت له اطفالا فعندما يعود يسترجع زوجته).

النص لم يتطرق لموضوع النفقة كما فعل ذلك غيره، فهذا يدل على جواز الفسخ والزواج سواء ترك الزوج الغائب لها النفقة ام لا. وكذلك لم يحدد المدة التي يحق لها الزواج من زوج ثان، كما حدده غيره من القوانين العراقية القديمة، بل احال ذلك للعرف السائد حتى يقرر طول المدة أو قصرها.

[2] تنص المادة (٣١) على أنه (اذا كره رجل مدينته (وطنه) وسيده (ملكه) وهرب، ثم أخذ زوجته رجل آخر فعندما يعود لا يحق له استرجاع زوجته).

المبحث الرابع

قانون حمورابي

حمورابي هو الملك السادس من ملوك سلالة بابل الأولى (١٨٩٤ـ١٥٩٤ق.م) ودام حكمه من (١٧٩٢ـ١٧٥٠ق.م)[1]. قانونه مدون باللغة البابلية على مسلة وجدت في مدينة (سوسة) عاصمة بلاد عيلام (خوزستان)، اثناء حفريات البعثة التنقيبية الفرنسية (١٩٠١ـ١٩٠٢).

ويبدو أن قانونه كان تعديلا للتشريعات العراقية السابقة بحذف بعض واضافة بعض، وهو مكوَّن من (٢٨٢) مادة، لكن من المعتقد أن هذه المواد تزيد على (٣٠٠) مادة، ضاعت البقية منها نتيجة تصرف حصل فيها بعد نقلها من بابل الى مدينة سوسة، أو بسبب تخريب حدث في أحد اجزاء المسلة.

وهو مقسم الى (١٣) قسما، كل قسم خُصص لتنظيم جانب معين من علاقات الانسان مع الانسان. وقد خصص لتنظيم شؤون الأسرة القسم الثامن الذي يضم المواد (١٢٧ـ١٩٤)، فهذه المواد تناولت احكام الزواج، والطلاق، والإرث، والتبني، والتربية، وكل ما له علاقة بالروابط العائلية أنذاك.

---

[1] الشرائع العراقية القديمة ٢٢٣. حصل الخلاف ايضا في تحديد تاريخ حكم حمورابي وحكم سلالته.

ففي الموسوعة العربية الميسرة (ص٧٤٠) حمورابي عاش حوالي (٢١٠٠ق.م). وفي قوانين حمورابي المرجع السابق (ص٣): حكم حمورابي (١٧٢٨ـ١٦٨٦ق.م). وفي الاسرة في الشرع الاسلامي المرجع السابق (ص١٥) جاء حمورابي (١٩٤٨ـ١٩٠٥ق.م). وفي (الطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون) للدكتور احمد الغندور (ص١٨): (شريعة حمورابي كانت معمولا بها في بابل في الدولة الكلدانية قبل (٢٠٠٠ق.م). وجاء في (التوراة والتاريخ) العدد (١٤) سلسلة كلام الله، تعريب عمانوئيل (ص٦): (جاء حمورابي بعد النبي ابراهيم عليه السلام بقليل، بدليل أن المعلومات التي اسفرت عنها حفريات (١٩٣٣ـ١٩٥٠م) تدل على تشابه بين الاخلاق والآداب البابلية وبين ما جاء بها ابراهيم ويعقوب عليهما السلام من الاخلاق والآداب كما يرويها الكتاب المقدس).

وهكذا تعددت الآراء في هذا التحديد ولكل وجهة هو موليها والله اعلم بالحقيقة.

فرق الزواج في قانون حمورابي:

تعددت الأسباب والطرق لفرقة الـزوجين وانهـاء العلاقـة الزوجيـة في قـانون حمـورابي، نذكرها بشيء من التفصيل لأهمية ذلك، مع التأكيد على أن هذا القانون قد أخذ بمبدأ الطلاق المقيد، وقرر للزوجة البابلية ضمانات خاصة ضد الطلاق التعسفي. وأهم طرق فـرق الزواج ما يلي:

اولا . الطلاق:

وزع قانون حمورابي الطلاق على الحالات التالية: (تقصير الزوج، وتقصير الزوجة، والعقم، وقبل الدخول):

أ ـ الطلاق بتقصير من الزوج

(أي دون سبب): قرر قانون حمورابي أن كل من يطلق زوجته دون سـبب، يعتـبر مقصـراً ومسؤولاً عن تحمل نتائجه من الآثار المالية التي تعتبر ضمانا للزوجة من جهـة، وعقابـا للزوج من جهة أخرى[1].

ب ـ الطلاق بتقصير من الزوجة:

اذا صدر من الزوجة تصرف مشين يبرر طلاقها، يكون الزوج مخيراً بين أن يطلقها ويحرمهـا من جميع الحقوق، وبين أن يبقيها في البيت كجارية، ويتزوج عليها زوجة ثانية[1].

---

[1] المادة (١٣٧) من قانون حمورابي تنص على ما يلي: (اذا قرر رجل أن يطلق (الشوكيتوم) التي أولدت له أولادا، أو أن يطلق الناديتوم التي جهزته بالأولاد، فعليهم أن يعيدوا لها هديتها (ما جلبته من بيت ابيها) ويعطوها نصف محصول الحقل والبستان ونصف الاموال المنقولة. وعليها تربية الأولاد، وبعد تربيتها لأولادها عليهم أن يعطوها حصة وريث واحد من كل شيء اعطوها لأولادها، ولها أن تأخذ الزوج الذي ترتضيه).

الشوكيتوم أو (الشوكيتم) والناديتوم من اصناف الكاهنات وهما اقل درجة من الكاهنة العليا، ومن الزوجة الاعتيادية ايضا. القانون في العراق القديم المرجع السابق ص٢٥٣.

كاهنة الناديتوم يحق لها الزواج ولكن لا يحق لها أنجاب الاطفال، وتجهيز الاطفال لزوجها يكون عن طريق اهدائها اياه إمرأة كاهنة من نوع (الشوكيتوم) لتقوم بالمهمة. أنظر التشريعات العراقية القديمة ص١٤٣.

ج ـ الطلاق بسبب العقم:

اذا كانت الزوجة عقيماً لم تلد له أولاداً فله أن يُطلقها، وعليه مقابل ذلك أن يعطيها هدية زواجها (مهرها) وكل ما جلبته من بيت أبيها[٢].

فاذا لم يكن لها هدية (مهر) فعليه أن يعطيها مبلغاً من المال يتناسب وحالته المادية تعويضاً لها عن الطلاق، فان كان الزوج (أويلم) (أي متمكناً مالياً) يلزم بأن يعطيها (المنا) من الفضة. أمّا اذا كان الزوج مشكينم (أي مسكينا وغير متمكن) فيجب عليه ثلث (المنا) من الفضة[٣].

د ـ الطلاق قبل الزفاف:

بموجب قانون حمورابي كان للزوج الحق في أن يطلق زوجته قبل الدخول والانتقال الى بيت الزوجية، وان لم يكن هناك سبب يبرر الطلاق وذلك على الرغم من أنعقاد الزواج.

---

[١] المادة (١٤١) منه تنص على أنه (اذا عزمت زوجة رجل تعيش في بيت رجل (أي في بيت زوجها) على الخروج من البيت ومارست عملا خربت به بيتها وأحطّتْ من شأن زوجها فعليهم أن يثبتوا ذلك عليها، فاذا قال (أراد زوجها) بانه سوف يطلقها فيمكنه أن يطلقها وسوف لا يعطيها نقود طلاقها. واذا قال زوجها بانه سوف لا يطلقها فلزوجها الحق أن يأخذ زوجة ثانية وسوف تعيش تلك المرأة (الزوجة الأولى) كأمة في بيت زوجها).

[٢] المادة (١٣٨) تنص على أنه: (اذا اراد رجل أن يطلق زوجته التي لم تلد له أولادا فعليه أن يعوضها نقودا بقدر مهرها، ويسلمها الهدية التي جلبتها من بيت أبيها ثم يطلقها).

[٣] المادة (١٣٩) تنص على ما يلي: (اذا لم يكن هناك مهر فعليه أن يعطيها منا واحدا من الفضة مقابل الطلاق.

المادة (١٤٠) نص هذه المادة في الشرائع العراقية القديمة للدكتور فوزي رشيد (ص١٤٣) كما يلي (اذا كان الزوج (مولى) فعليه أن يعطيها ثلث (المنا) من الفضة ثم يطلقها).

وفي ترجمة الاستاذ عبده حسن الزيات المنشورة في مجلة القضاء السنة الثانية العدد الخامس كانون الأول ١٩٣٦ كما يلي: (فان كان من افراد العامة اعطاها ثلث مينا من الفضة).

وفي ترجمة الدكتور عامر سليمان (القانون في العراق القديم (ص٢٥٤) كما يلي: (فان لم يكن هناك هدية للزواج فعليه أن يعطيها مبلغا من المال يتناسب وحالته المالية تعويضا لها عن الطلاق، فان كان (أويلم) فعليه أن يعطيها منا من الفضة (م١٣٩). أمّا أن كان (مشكينم) فعليه أن يعطيها ثلث منا من الفضة (م١٤٠). وفي اعتقادي أن هذه الترجمة هي الصحيحة، وان المقصود من أويلم الشخص المتمكن ماليا. كما أن المقصود من مشكينم هو المسكين (من يكون من الطبقة المتوسطة أو دون المتوسط).

ويبدو أن الانتقال الى بيت الزوجية والدخول كانا يعتبران من متممات الزواج الكامل المستقر بحيث بعد ذلك لا يحق للزوج الطلاق دون سبب[1].

ثانيا. فسخ الزواج بالغياب:

عالجت المواد (١٣٣-١٣٦) من قانون حمورابي مصير العلاقة الزوجية عندما يكون الزوج مفقودا (أو غائبا غيبة منقطعة) وتحدد الحالات والظروف التي يحق فيها للزوجة فسخ الزواج والتزوج من زوج ثان. كما ميّزت هذه المواد بين حكم الغياب المشروع والغياب غير المشروع، وبين وجود النفقة وعدمها، وهذا ما أوضّحه فيما يلي:

أ ـ في حالة وجود النفقة الكافية لزوجة الغائب:

لا يحق لها فسخ زواجها والتزوج من زوج ثان[2]

واذا لم تحافظ على نفسها في حالة توفر النفقة، بل تركت بيت زوجها ودخلت بيت زوج ثان وتزوجت منه، تعاقب بالموت بالقائها في النهر، لانها لا تملك حق الفسخ والزواج في حالة وجود النفقة الكافية وكون الغياب لسبب مشروع[3].

ب ـ فان لم يترك الزوج الغائب موردا تتمكن زوجته من أن تعيش عليه فلها أن تفسخ الزواج بارادتها المنفردة وتتزوج من زوج ثان[4].

---

[1] تنص المادة (١٥٩) منه على أنه: (اذا جلب رجل هدية الخطوبة الى بيت عمه واعطى المهر، ونظر (بعدئذ) الى إمرأة ثانية وقال لعمه: (لن اتزوج لبنتك) فلوالد الفتاة أن يأخذ كل شيء كان قد جلبه اليه).

وتقديم الهدية والمهر يعتبر بمثابة عقد الزواج والاعراض عن الزوجة يعتبر طلاقاً في قانون حمورابي عند الباحثين وعلماء الآثار. أنظر الدكتور عامر سليمان المرجع السابق (ص٢١٧). لكن يبدو لي من ظاهر النص أن هذه العملية فسخ للخطبة الا اذا قلنا أن تقديم المهر قرينة على أنعقاد الزواج. ومن الجدير بالذكر أن التطليق (أو التفريق القضائي) قبل الدخول قد اقره قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل في المادة (٤٣) الا أن هذا الحق ثابت للزوجة دون الزوج.

[2] المادة (١٣٣/أ) تنص على ما يلي: (اذا اسر رجل وكان في بيته الطعام (الكافي) فعلى زوجته أن تحافظ على نفسها (عفتها) مدة غياب زوجها ولا يحق لها دخول بيت رجل ثان).

[3] المادة (١٣٣/ب): (فان لم تحافظ تلك المرأة على عفتها ودخلت بيت رجل ثان فعليهم أن يثبتوا هذا على تلك المرأة ويلقوها في الماء).

[4] المادة (١٣٤): (اذا اسر رجل ولم يكن في بيته الطعام (الكافي) ودخلت زوجته بيت رجل ثان فان هذه المرأة لا ذنب لها).

غير أن كلاً من الفسخ والزواج الثاني أن أقره قانون حمورابي صـراحة فانـه أعطـى للزوج الغائب حق استرجاع زوجته بعد رجوعه الى بلده اذا كان غيابه لسبب مشـروع سواء دخل بها الزوج الثاني أو لا، وسواء أنجبت الاطفال منه أو لا[1].

ج ـ واذا كان غياب الزوج لسبب غير مشروع بان هرب من مدينته وكـان كارهـا لهـا، وناكرا لجميلها، فان للزوجة الحق في أن تتزوج من زوج ثان بعد فسخ زواجها من قبـل نفسها. ولا يحق للزوج أن يسترجعها اذا عاد الى بلده سـواء كـان تاركـا لهـا النفقـة الكافية أو لا، وسواء أنجبت الأولاد من الزوج الثاني أو لا، وذلـك لان الـنص الـذي يقر الفسخ والزواج وعدم العودة الى الزوج الأول ورد مطلقاً والمطلق يحمل على اطلاقه ما لم يكن هناك دليل يدل على تقييده[2].

ثالثا . الفرقة بالتحكيم:

قانون حمورابي كان يعرف التحكيم ويقر عرض خـلاف وشـقاق الـزوجين علـى المحكمـين لدراسة سبب الخلاف، وتحديد الطرف المقصر من الزوجين ثم اقرار العمل بمقتضى ذلك.

أ ـ فاذا ثبت أن المقصر هو الزوج فيسمح للزوجة باستخدام حقها في الطلاق وأخذ جميـع ما جلبته معها الى بيت الزوجية والرجوع الى أهلها [3]

ب ـ واذا ثبت لأهل التحكيم أن الزوجة هي المقصرة فانها يحكم عليها بالاعـدام وتلقـى في الماء حتى تموت غرقاً [1].

---

[1] المادة (١٣٥) تنص على أنه: (اذا اسر رجل ولم يكن في بيته الطعام (الكـافي) ودخلـت زوجتـه قبل عودته بيت رجل ثان وانجبت منه أولادا وبعد ذلك رجع زوجها ووصل مدينته، فعليهـا أن تعود لزوجها، والأولاد بعد ذلك يذهب كل منهم الى ابيه).
ويتفق هذا مع المادة (٣٠) من قانون اشنونا.

[2] المادة (١٣٦) تنص على ما يلي: (اذا نبذ رجل مدينته وهرب ودخلـت زوجتـه بعـد ذلـك بيـت رجل ثان، فاذا عاد هذا الرجل وضبط زوجته في بيـت رجـل ثـان فـلا ترجـع زوجـة الهـارب الى زوجها، وذلك بسبب كرهه لمدينته وهربه منها).
ويتفق حكم هذه المادة مع ما ورد في المادة (٣١) من قانون اشنونا.

[3] المادة (١٤٢): (اذا كرهت امرأة زوجهـا وقالـت لـه لا تأخـذني (لا تضـاجعني) ففـي دائـرة بلديتها سوف يدرس سلوكها، فان كانت محترسة ولم ترتكب خطيئة، بينما زوجها يخرج كثيرا من البيت ويحط من شانها، فلا جرم على تلك المرأة، ويمكنها أن تأخذ هـديتها (الـتي جلبتهـا من بيت ابيها) وتذهب الى بيت والدها).

رابعا ـ الفرقة بالعلل:

يبدو جانب الرأفة والانسانية واضحا في قانون حمورابي بالنسبة الى الزوجة المريضة حيث حرم هذا القانون على زوجها أن يطلّقها وان كان للمرض مما لا يرجى شفاؤه، كما فـرض عليـه القيام بمداراتها ورعايتها، ما دامت على قيد الحياة[٢].

ولكنه يسمح للزوج أن يتزوج من إمرأة ثانية.

وبعد الزواج الثاني اعطى القانون حق الطلاق للزوجة المريضة اذا رغبـت في الرجـوع الى أهلها[٣].

هذا بخلاف القوانين الحديثة التي تعطي هذا الحق للزوج دون الزوجة المريضة.

خامسا ـ الفرقة بالمصاهرة:

اعتبر قانون حمورابي للمصاهرة من موانع الزواج كما اعتبرها من أسباب أنهـاء العلاقـة الزوجية اذا طرأت بعد الزواج، ولو كانت هذه للمصـاهرة آتيـة بطريقـة غـير مشـروعة فـاذا عاشر الأب زوجة ابنه قبل أن يدخل هو بها، فان ذلك ينهـي العلاقـة الزوجيـة بـين الابـن وزوجته، وعلى الأب أن يدفع للزوجة غرامة مالية، وان يسلمها كـل مـا جلبتـه مـن بيـت أبيها[٤].

---

(١) المادة (١٤٣): (اذا كانت غير محترسة، وتخرج كثيراً، وتخرب بذلك بيتها وتحط من شان زوجها، عليهم أن يلقوا تلك المرأة في الماء) .

(٢) المادة (١٤٨): (اذا اخذ رجل زوجة وأصابها مرض خطير فانه عزم على الزواج من إمرأة ثانية فيمكنه أن يتزوج، ولا يجوز لـه أن يطلق الزوجة المصابة بالمرض الخطير، ولها أن تسكن في البيت الذي بناه، ويستمر الزوج في تحمل مسؤولياتها ما دامت على قيد الحياة).

(٣) المادة (١٤٩): (فاذا لم ترغب تلك المرأة المصابة بالمرض العيش في بيت زوجها (بعد تزوج إمرأة ثانية)، فعليه أن يسلمها هديتها التي جلبتها من بيت ابيها ولها أن تذهب).

(٤) المادة (١٥٦): (اذا اختار رجل عروسة لابنه ولكن ابنه لم يتصل جنسيا بها ونام هو في حضنها، فعليه أن يدفع لها نصف (المنا) من الفضة، ويسلمها كاملا كل شيء كانت قد جلبته من بيت أبيها، ولها الحق أن تختار الزوج الذي يناسب رغبتها).

ومن الجدير بالذكر أن بعض فقهاء المسلمين أقروا ثبوت المصاهرة بالزنى [١].

أمّا اذا قام الأب بعملية الاتصال الجنسي بزوجة ابنه بعد دخول الابن بها، فانه يحكم عليه بالموت ويلقى في الماء حتى يموت غرقا[٢].

ولكن لم يبين لنا حمورابي مصير الرابطة الزوجية بين الابن وزوجته بعد ذلك، كما لم يتطرق الى مسؤولية الزوجة كشريكة الجريمة. ويمكن أن يفسر سكوت قانون حمورابي عن عقاب زوجة الابن بانها تكون في هذه الحالة مكرهة على الجريمة ماديا أو أدبيا باستخدام الأب نفوذه وسلطته عليها.

---

[١] كأبي حنيفة، والثوري، والأوزاعي، وقول لمالك. ينظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٢٩/٢.

[٢] المادة (١٥٥): (اذا اختار رجل عروسة لابنه واتصل بها جنسيا وقبضوا بعدئذ على الرجل (والد الزوج) وهو نائم في حضنها، فعليهم أن يوثقوا هذا الرجل، ويرموه في الماء).
ينظر الشرائع العراقية القديمة للدكتور فوزي رشيد ص١٤٦.

المبحث الخامس

الطلاق في القانون الحيثي

عُثر في خرائب (حتوش) عاصمة الحيثيين التي تقع شرقي أنقرة على عدد كبير من الالواح الطينية، دوّن علـى بعضـها بـالخط المسماري وباللغة الحيثية (أو الاكدية) مجموعة قوانين مكونة من (٥٦) جزءً. ولم يعرف لحد الان بالضبط تاريخها ولا اسم المشّـرع الذي أصدرها ويعتقد أنها تعـود الى القـرن الثالـث عشـر أو الرابع عشر قبل الميلاد. فالقانون الحيثي اهتم كـثيراً بالقضـايا الجنائية بالاضافة الى تنظيم أسعار المواد الغذائية والصـناعية، ووضع الحد الادنى لاجور العمال، واقرار بعض الامتيازات لرجال الجيش...

أمّا الأحكام الخاصة بشؤون الأسرة والأحـوال الشخصـية فيبـدو أنه تركها للقواعد العرفية السائدة أنذاك. والنص الوحيد الذي حصلت عليه بالنسبة الى الطلاق هو المادة (٣١) الـتي تعتـبر بحق مقرة لحكم وحيـد لم يثبـت لحـد الان في جميـع التشـريعات العراقية القديمة.

وهذا الحكم هو اتفاق الزوجين على أنهاء العلاقة الزوجية مقابل عوض وهذا ما يسميه فقهاء المسلمين (الخلع) حيث تـنص هـذه المادة على أنه (اذا احـب رجـل مـن الاحـرار رقيقـة وعاشـرها باعتبارها زوجته، وشيدا دارا، وانجبا أولادا، وعلى أثرهـا وقـع الخلاف بينهما، واتفقا على الافتراق واقتسما الدار، فان الرجـل يأخذ الأولاد، ولكنه يترك واحدا منهم للمرأة)[1].

---

[1] ينظر الدكتور صبيح مسكوني المرجع السابق ص٢١٩.

المبحث السادس
الطلاق في القوانين الآشورية الوسيطة
والقضاء العراقي القديم

أ- الطلاق في القوانين الآشورية الوسيطة:

اكتشفت بعض الالواح الطينية من قبل جمعية الشرق الالمانية اثناء تنقيباتها خلال الفترة الواقعة بين (١٩٠٣-١٩١٨) في قلعة شرقاط (آشور القديمة).

فقد تم التعرف على تسعة الواح مسمارية تضم موادا قانونية يرجع تأريخها الى العصر الآشوري الوسيط، وهي الان محفوظة في المتحف الوطني في برلين الشرقية. ويعتقد علماء الآثار أن تأريخها يعود الى الفترة الواقعة بين (١٣٥٠-١٢٥٠ق.م)[1] أو (١٤٥٠-١٢٥٠ق.م)[2].

وتناولت المواد (٢٥-٤٦) أحكام الاحوال الشخصية، وقد خصصت المواد (٣٦-٣٨) لأحكام الطلاق.

ويُستشف من هذه المواد: أن تشديد تقييد حرية الارادة في الطلاق لم يعد باقيا في هذا العهد كما كان سابقا.

لان هذا القانون يُعطي للزوج الحق في أن يطلق زوجته دون سبب، كما له أن يحرمها من الحقوق المترتبة على الطلاق وان لم يكن هناك تقصير من الزوجة يبرر ذلك[3]، حيث أن النص ورد مطلقاً، والمطلق يعمل باطلاقه ما لم يقم دليل على خلاف ذلك. كذلك أعطى الحق للزوج

---

[1] ينظر الدكتور عامر سليمان المرجع السابق ص٢٧٩.

[2] ينظر الدكتور فوزي رشيد المرجع السابق ص١٩٣.

[3] المادة (٣٧): (اذا طلق رجل زوجته فان شاء يعطيها شيئاً، وان لم يشأ فلا يعطيها أي شيء، ويتركها تذهب خالية اليدين).

أن يطلق زوجته قبل الدخول وان يسترجع الحلي الذي قدمه لزوجته، ولكن لا يحق له استرجاع الهدايا[1].

لكن الشيء، الذي يلفت النظر في هذا القانون هو أنه قد شدد في المادة (٣٦) منه على الزوجة أكثر من أي قانون عراقي قديم في حالة غياب زوجها أو فقدانه، حيث فرض عليها الالتزام بالعلاقة الزوجية على الرغم من عدم تـرك أي مـورد لنفقتها من قبل الزوج الغائب.

فان كان لها أولاد قادرون على العمل فعليها الانتظار مهما طال الغياب والا فلها الزواج بعد مضي خمس سنوات على الغياب.

فاذا رجع الزوج الغائب وتمكن من أن يثبت أن سبب غيابه كان خارجا عن ارادته، فله حق استرجاع الزوجة بشرط أن يعطي إمرأة بدل زوجته لزوجها الثاني ويأخذ هو زوجته.

واذا كان الغياب بسبب مهمة كلف بها من قبل الملك، فليس لها الزواج مطلقاً، فاذا خالفت وتزوجت قبل مضي خمس سنوات وانجبت أطفالا من الزوج الثاني، فللزوج عند عودته أن يستعيدها ويأخذ أولادها أيضاً لانها لم تلتزم بالقانون.

غير أن هذه المادة تعارضها المادة(٤٥) من هذا القانون، واعتقد أنها جاءت تعديلا لحكم المادة (٣٦) حيث تنص على أنه اذا أسر الزوج ولم يكن للزوجة ابن أو حما، فعليها أن تبقى مخلصة لزوجها مدة عامين، فان لم يكن لديها ما تعيش منه فعليها أن تذهب للقصر وتعلن ذلك وتُصبح تحت وصاية الملك. فان كان للزوج بيت أو حقل مقطع في المدينة فلها أن تتقدم الى القضاء وتطالب ببيت وحقل زوجها المقطع له ولها أن تأخذ ربع البيت والحقل، وتعيش من مورده مدة سنتين، ولها بعد ذلك أن تتزوج من الرجل الذي تريده، وتعتبر بالنسبة للزوج الأول كأرملة، فان عاد الزوج فله أن يستعيد زوجته ولكن ليس له أن يأخذ أولادها من زوجها الثاني، وله أن يستعيد البيت والحقل الذي كان قد أُعطي لزوجها الثاني بعد الزواج. أمّا اذا ثبت وفاة الزوج الغائب فللملك أن يوزع أملاكه كما يشاء[2].

---

[1] المادة (٣٨): (اذا كانت إمرأة لا تزال تعيش في بيت والدها وطلقها زوجها يجوز له استرجاع كل الحلي التي قدمها لها ولكن لا يحق له استرجاع هدية الزواج التي قدمها، ولا يعطى له أي حق على الزوجة).

[2] ينظر الدكتور عامر سليمان المرجع السابق ص٢٨٧. J. vandijk, neusu merische gerichtsurkunden in baghdad znfxxi (1963) p. 7077 نقلا عن الدكتور فوزي رشيد الشرائع العراقية القديمة ص٤٥.

ب- الطلاق في القضاء العراقي القديم:

يؤخذ من بعض التطبيقات القضائية السومرية أنه كان للزوجة حق المطالبة بالتطليق، (أو التفريق القضائي) اذا ارتكب الزوج الخيانة الزوجية.

ومـن الشـواهد علـى ذلـك قـرار قضـائي صـادر في زمـن الملـك (اشمـى ـ دكـان) (١٩٥٣ـ١٩٣٥ق.م) وهو أحد ملوك سلالة ايسن (٢٠١٧ـ١٧٩٤ق.م).

وخلاصة القضية: أن الزوجة (اشتار ـ أومي) قد رفعت دعوى الى قضاة مدينتها اتهمت فيها زوجها بممارسة عملية اللواطة. وبعد أن استطاعت هذه الزوجة أن تثبت أمـام القضـاء أنها شاهدت زوجها وهو يضاجع رجلا آخر، اصدر القضاة حكمهم باسـم الملـك فحلقـوا رأس الزوج، وثقبوا أنفه، وأخذوه في مسيرة تشهيراً به وسمحوا للزوجة بالطلاق.

الاستنتاج:

بالامكان أن نستنتج من استعراض الشرائع العراقية القديمة فيما يتعلـق بمـدى سـلطان الارادة في الطلاق: أن هذه الشرائع وان سمحت بالطلاق الا أنها فرضـت قيـوداً كـثيرة علـى ارادة الزوجين في الطلاق أهمها ما يلي:

١ـ استرقاق الزوجة اذا كانت سيئة السيرة كما جاء في المادة (١٤١) من قانون حمورابي.

٢ـ عقاب الزوجة بالموت اذا ارادت طلاق زوجها كما ورد في سلسلة (انا ايتشو) في العهـد السومري المادة (٥) الا أن قانون حمورابي قيّد أنزال هذا العقاب بوجـوب استصـدار قرار قضائي وبان تكون الزوجة قد ارتكبت ما يدنس شرف زوجها كما ورد في المـادة (١٤٣) من قانون حمورابي.

وكذلك تعاقب بالموت اذا فسخت زواجها وتزوجت من زوج ثان عند غيـاب زوجهـا وتـوفر النفقة الكافية (م١٣٣/ب) قانون حمورابي.

٣ـ طرد الزوج من البيت وحرمانه من جميع ممتلكاته المنقولة وغير المنقولة اذا طلق زوجته التي أنجبت منه الأولاد وتزوج زوجـة ثانيـة. كمـا جـاء في المـادة (٦٠) مـن قـانون (أشنونا).

٤ـ فرض غرامة مالية على الزوج الذي يطلق زوجته دون سبب ضـمانا للزوجـة وعقابـا للزوج كما اقرته المادة (١٣٧) و (١٤٢) من قانون حمورابي. والمادة (٦) مـن قـانون (انا ايتشو).

٥ـ اقتسام الزوجين لأموال الأسرة مناصفة في حالة الطلاق باتفاق الطـرفين كمـا في المـادة (٣١) من القانون الحيثي.

الفصل الثاني
الطلاق في وادي النيل
(٣٠٠٠-٣٠ق.م)

لقد سنَّ قدماء المصريين نظامًا للزواج كان مبنياً على أساس تمتع المرأة بحرية كاملة في زواجها، وعلى توفر ضمانات مالية تُستخدم كعقوبة ضد الطلاق. والزواج كان يتم بإرادة الزوجين، فلا اكراه على الزواج، ولا صحة له ما لم يقترن برغبة تامة، ورضاء كامل. وكانت صيغة الايجاب والقبول تتضمن ضمانات مالية تحول دون الاقدام على الطلاق ما لم تكن هنالك ضرورة تحتمه وتبرر جوازه.

صيغة الزواج:

كان الزوج يقول للزوجة حين أنشاء عقد الزواج: (أعطيتك مهراً مقداره كذا، فإذا أبغضتك، وتزوجت غيرك في حياتك، أعطيتك مبلغاً آخر زيادة على مهرك، وصارت جميع الأموال الحاضرة والمستقبلة تأميناً لك، وضماناً للوفاء بهذا العهد).

وكانت الزوجة تقول في قبولها لعقد الزواج: (قد قبلت زواجك، ومهرك، وصرت زوجة لك، فاذا أبغضتك، أو أحببت غيرك، رددت لك مهرك، وأتنازل لك من جميع أموالي)[1].

مشروعية الطلاق:

لدى قدماء المصريين كان الطلاق مشروعاً عند قيام سببه، ولكن في حالة عدم وجود المبرر كان يعتبر جريمة تضع الزوج في مسؤولية كبيرة أمّام الله وأمّام الرأي العام. ويبدو ذلك واضحاً في قول (فتاخ سحبت) ـ وهو من أقدم الادباء المصريين ـ (انت أيها الشاب الذي أحببت هذه الفتاة وأحبتك وهي عذراء، اعلم أنك اذا تركتها بعد زواجها ارتكبت أكبر الجرائم أمّام الله والناس)[2].

---

[1] ينظر الزواج والطلاق في جميع الاديان المرجع السابق ص٥٠٠.

[2] المرجع السابق ص٥٠١.

ندرة الطلاق:

بفضل الضمانات المالية التي كان يتضمنها عقد الزواج ويحتمها الطلاق كغرامة عقابية على كل من يقدم عليه دون سبب، وبقوة السيطرة النسوية على الرجال: أصبح الطـلاق في وادي النيل نادراً أو معدوماً خلال فترة زمنية طويلة.

يقول صاحب (المقارنات والمقابلات): (ذكر بعض الثقات الباحثون الفقهـاء: أن الطـلاق كان جائزاً عند قدماء المصـريين، وكـذا تعـدد الزوجـات، الا أن النسـاء تغلبن بـدهائهن، وكياستهن على الرجال حتى نسخ الطلاق وتعدد الزوجات بطرق حكيمة كفَلَت لهن التسـلط على الرجال، وأسرهم بالمال، فأصبح الرجال في قبضة الزوجات بحكم القانون)[1].

ويقول (ديودور الصقلي): (ان طاعة الزوج لزوجته في وادي النيل كانت من الشروط التي تنص عليها عقود الزواج)[2].

اذا طاعة الزوج واخلاصه، وسيطرة الزوجة، ودهاؤها، والضمانات المالية وثقلـها.. كانـت من أهم القيود التي حدت سلطان الارادة في الطلاق، بحيث أصبح نادراً لم يلجأ اليـه الا في حالات الضرورة، ولأسباب خاصة معينة منها الخيانة الزوجية.

يقول (ول ديورانت): (ان الحياة العائلية في وادي النيل كانت منظمة ذات مستوى رفيـع من الوجهـة الأخلاقيـة، ومـن حيـث سـلطان الأبـوين، وكـان الطـلاق نـادراً الا في عهـد الاضمحلال، وكان في مقدور الزوج أن يخرج زوجته من داره دون أن يعوضها بشيء اذا زنـت، أمّا اذا طلقها بغير هذا السـبب فكان عليه أن يخصص لها جزءً كبيراً من أملاك الأسرة)[3].

حق الطلاق للزوجة:

كان للزوجة في وادي النيـل الحق في أن تطلق زوجها عند وجود المبرر اذا اشترطت لنفسـها هذا الحق في اثناء أنشاء عقد زواجها وطلبت أن تكون عصمتها بيدها فتطلـق نفسـها عنـد

---

[1] ينظر كتـاب المقارنـات والمقـابلات للاسـتاذ محمـدحافظ صـبري الطبعـة الأولى١٣٢٠هــ/١٩٠٢م ص٣٤٤

[2] ينظر قصة الحضارة تأليف ول ديورانت ترجمة محمد بدران ٩٧/٢.

[3] ينظر قصة الحضارة، المرجع السابق ٩٥/٣.

الحاجة[1].

ومن الجدير بالذكر أن هذا الحق ثابت للزوجة لدى فقهاء المسلمين بنفس الشـرط المـذكور وبغيره كان يملكها الزوج هذا الحق أو يخيرها فيه بعد الزواج[2].

حق الزواج من الاقارب:

نتيجة الضمانات المالية المقررة لصالح الزوجة كان المصـريون القـدماء يبـذلون قصـارى جهودهم في الاخلاص لزوجاتهم، فكان مركز المرأة عندهم أرقى من مركزها لدى كـثير مـن الأمم في تلك الأيام.

وقد علل الباحثون هذا الاخلاص والخضوع من الأزواج للزوجات بان المرأة المصرية كانـت تؤول اليها جميع أموال زوجها بمقتضى عقـد الـزواج وشـروطه، الأمـر الـذي دفـع الرجـال المصريين الى زواجهم بالأخوات، لانهم كانوا يبغون أن يتمتعوا بميراث الأسرة الذي كان ينتقل من الأم الى البنت، ولا يريدون أن ينعم الغرباء بهذه الثروة.

وكذلك كان الملك في وادي النيل يتزوج من أخته، بل كان يحدث أحياناً أن يتـزوج ابنتـه ليحتفظ بالدم الملكي نقياً خالصاً من الشوائب[3].

النظام المالي للزوجين:

كان النظام المالي للزوجين في وادي النيل مبنياً على فصل مال كـل منهمـا عـن مـال الآخر، واستقلالية كل منهما في التصرف في ماله، غير أن حق التصرف المطلق كانت تتمتـع به الزوجة فقط دون الزوج، فلها أن تتصرف في أموالها دون الرجوع الى اذن الزوج.

وبعكس ذلك لم يكن للزوج التصرف ما لم يحصل مسبقاً على اذن من زوجته، وذلـك لان جميع أمواله كانت تعتبر بمثابة رهن لضمان الحفاظ على رابطة الزوجية تـؤول الى الزوجـة أن طلقها دون سبب.

---

[1] الزواج والطلاق في جميع الاديان المرجع السابق ص٥٠١.

[2] ينظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٥٩/٢.

[3] قصة الحضارة المرجع السابق ٩٥/٢.

ويرى بعض الباحثين أن هذا النظام كان يشبه النظام المالي للمزوجين في فرنســا وغيرهــا من الأمم اللاتينية، حيث كانت المرأة تشترط في عقد زواجها ما يدرأ عنها ضرر الطلاق وان على الزوج أن يدفع لها غرامة أن طلقها، وان لها الرهن العام على أموال زوجها كلها.

واذا طلقها ترفع ولايته عن ابنهما الأرشد الذي يكون وكيلها الشرعي حينئذ[1].

عهد الاضمحلال وحرية الإرادة في الطلاق:

فقدت مصر كبرياءها، وزحفت على أرضها الأمم المنافسة لها واحدة تلو أخرى، فأباحت أرضها، وخربّت حضارتها المادية والمعنوية، حيث جاء اللوبيــون مــن الغــرب عــام ٩٤٥ق.م، والأحباش من الجنوب في ٧٢٢ق.م، والأشوريون من الشمال في ٦٧٤ق.م، والفرس عبروا برزخ السويس في ٥٢٥ق.م، واجتاحها الاسكندر من آسيا وأخضعها لحكم مقدونيــة في ٣٣٢ق.م، وأقل قيصر في ٤٨ق.م ليستولي على الاسكندرية عاصمة مصر الجديدة.

وفي عام ٣٠ق.م أصبحت مصر ولاية تابعة لرومة. وهكذا اختفت من التاريخ القديم[2].

فهذه الغزوات المتعاقبة أدت الى أن يتأثر الانسان المصري بعادات وتقاليد الغزاة والى أن تفقد المرأة المصرية ذلك المركز الذي كانت تعتز به من بين نســاء العــالم.. وبالتــالي أصــبح سلطان ارادة الزوج حراً أن شاء أمسك زوجته، وان شاء طلّقها، وان لم يكن هناك مبرر لذلك، فانتشرت ظاهرة الطلاق وكثرة التفكك الأسري.

ومن المؤسف أن نرى هذه الظاهرة لا تزال باقية في مصر علــى الــرغم مــن تحررهــا مــن الاستعمار الأجنبي، وعلى الرغم من استرجاع المرأة المصرية بعضاً مــن نفوذهــا وســيطرتها على الرجال!!

ومن نافلة القول أن نقول أن الطلاق في وادي النيل بالنسبة للمســلمين خضــع للشــريعة الاسلامية منــذ الفتح الاســلامي، وللتعــاليم المسيحية في ضــوء المــذاهب الســائدة مــن الكاثوليك، والأرثوذكس، والبروتستانت بالنسبة للمسيحيين منذ اعتناقهم لهذه الديانة.

وسيأتي تفصيل ذلك في البابين الثالث والرابع باذن الله.

---

[1] ينظر قصة الحضارة المرجع السابق ٢/٩٥-٩٩. تأريخ القانون في مصر تأليف بولقيم ميخائيل ص٢٣-٢٥.

[2] قصة الحضارة المرجع السابق ٢/١٨٤.

الفصل الثالث
الطلاق في الشرق الأقصى

يتضمن هذا الفصل أربعة مباحث:
خصص الأول للطلاق الهندي القديم،
والثاني للطلاق الصيني القديم،
والثالث للطلاق الفارسي القديم،
والرابع للطلاق الياباني القديم.

المبحث الأول

الطلاق الهندي القديم

عُرِفت الهندُ بالشرائع والحضارات منذ ٣٠٠٠ق.م، واشتهرت بكثرة الأديان والمعتقدات التي تضاهي في كثرتها لغات الهند لذا ليس من الغريب أن تحصل فيها تناقضات في نظامي الزواج والطلاق.

وأشهر تلك الأديان: الهندوسية (الهندوكية)[1]، و(الجينية)[2]، و(البوذية)[3]، و(البراهمية)، و(المانوية).

الزواج الهندي القديم:

لقد مر على بعض قبائل الهند القديم شيوع جنسي، فكانت نسوة احدى هذه القبائل ملكا لجميع رجالها. وبعد أن طرأ عليها بعض من التطور أخذت بنظام الأمومة وظهرت فكرة تعدد الأزواج لزوجة واحدة. وبجانب ذلك كان هنالك نوع آخر وهو أنفراد رجل واحد

---

[1] ليس لها مؤسس معين يمكن الرجوع اليه كمصدر لتعاليمها وأحكامها، بل الهندوسية دين متطور متكون من مجموعة التقاليد والعادات المنظمة لحياة الأريين جيلا بعد جيل. ويرى البعض: أن الهندوسية فلسفة، أو نظرة الى ما وراء الطبيعة أكثر من أن تكون دينا. ومع ذلك تطلق على طائفة كبيرة من المعتقدات والمواقف الدينية. ينظر النظام السياسي في الهند تأليف نورمان د. بالمر. ترجمة وتقديم الدكتور محمود فتح الله تصدير حسن جلال العروسي ص٢٨ـ٢٩.

[2] مؤسسها وزعيمها مهاويرا ٥٩٩ق.م. ومن المبادئ الأساسية لطهارة الروح لدى الجينيين هو التحلي بعشر خصال وهي: العفو، والصدق، والاستقامة، والتواضع، والنظافة، وضبط النفس، والتقشف الظاهري والباطني، واعتزال النساء، والايثار.

[3] مؤسسها بوذا (سدهاتا) (٥٩٩ـ٥٤٤ق.م). لم يعن بوذا بالحديث عن الإله، وتحاشى كل ما يتصل بالبحوث اللاهوتية وما وراء الطبيعة اذ كان يرى أن خلاص الانسان متوقف عليه لا على الاله، ويرى الانسان صانع مصيره. ومن كلماته في ذلك: (كونوا لانفسكم جزائر قائمة بنفسها). (وكونوا لانفسكم موائل وكهوفا). (ولا تعتصموا بملاذ خارجي).

بزوجة واحدة، ولكن أجل هذا النوع كان قصيراً. فالخطيب يضع في عنق الفتاة قلادة على ألا تنزعها ويدوم زواجها به ما قبلت هذه القلادة وحافظت عليها. ومـن هنـا بـدأ للمـرأة حـق الطلاق فتتزوج بعض الأحيان أربعة أزواج أو خمسة بالتتابع، فيجب على كـل زوج لاحـق أن يرد الى الزوج السابق ما دفعه[1].

وهكذا ظلت المرأة ربة الأسرة الحقيقية، تمارس سلطان هذه الأسرة بمعونـة ابنتهـا البكـر، وتختار زوجها وتفارقه بحرية تامة. غير أن هذه الظاهرة أنقلبت الى عكـسها تمامًا بعـد حلـول السلطة الأبوية محل سلطة الأمومة من جهة، وظهور الأديان المانوية والبوذيـة وغيرهمـا مـن جهة أخرى.

فالسمة العامة لتشريع مانو أنها موجهة ضد المرأة كما يبدو من هـذه الفقـرات لـذلك التشريع: (ان مصدر العار هو المرأة، ومصدر العناء في الجهاد هو المـرأة، ومصـدر الوجـود الدنيوي هو المرأة، اذاً فاياك والمرأة، أن المرأة لا تقتصر قدرتها على تضليل الاحمق عن جادة السبيل في هذه الحياة فحسب، بل هي كذلك قادرة على تضليل الحكيم...)[2].

وفي التعاليم الهندوسية: تعيش المرأة وليس لها خيار، سواء كانت بنتاً صـغيرة أم شـابة، أم عجوزاً، البنت في خيار أبيها، والمتزوجة في خيار بعلها، والأرملة في خيار أبنائها، ولـيس لها أن تستقل أبداً [3].

والتعاليم البوذية كانت أكثر قلقاً وتعسفاً في نظرتها الى المـرأة، كمـا يبـدو ذلـك مـن المحاورة التالية بين بوذا وبين ابن عمه (انندا):

انندا: كيف نعامل النساء أيها السيد؟

بوذا: لا تنظر اليهن.

انندا: ولكن اذا اضطررنا للنظر اليهن؟

بوذا: لا تخاطبهن.

انندا: لكن اذا خاطبناهن؟

بوذا: اذاً كن على حذر منهن. لو لم نضم المرأة لدام الدين الخالص طويلا، أمّـا الان بعـد دخول المرأة بيننا فلا أراه يدوم طويلا [1].

---

[1] الزواج والطلاق في جميع الأديان المرجع السابق ص٥٤٨ـ٥٤٩.
[2] قصة الحضارة المرجع السابق ٣/١٧٨.
[3] مقارنة الاديان (اديان الهند الكبرى) المرجع السابق ص٧٢.

الطلاق في تعاليم وتقاليد الهندوكيين:

تقضي التعاليم والتقاليد الهندوكية (الهندوسية) بان على المرأة أن ترضى بمن ارتضاه لها والداها زوجاً فتخدمه طول حياته ولا تفكر في رجل آخر بعد مماته. وان وجدت المرأة زوجها أنه لا يعتني بها ويحب إمرأة أخرى فلا تحقد عليه، ولا تقصر في خدمته، ونيل مرضاته. فقد نيطت جنة المرأة برضاء زوجها.

واذا ابتلى رجل بزوجة شريرة، خداعة، قاسية القلب... فله أن يطلقها ويطردها من بيته.

وما لم يكن هناك سبب يُحتّم الطلاق فلا يمكن أن يتحقق الافتراق، بل عليهما أن يعيشا بالحب والوفاء لانهما لم يقترنا على اسم الله ليفترقا أو ليتباغضا[1].

وفي تعاليم الهندوكيين: الزواج قدسية عقيدة لا يمكن أنتهاكه والمرأة الفاجرة يمكن أن تحرم من مركزها، وتطرد من طائفتها، ولكن الطلاق بمعناه العادي حتى في هذه الحالة مستحيل، فالزوجة لا تستطيع أن تنشئ رباطاً جديداً، كما لا يمكن أن تبقى في بيت زوجها على أساس أنها جارية ـ كما قال بذلك قانون حورابي ـ.

والعلاج الوحيد الذي بيد الزوجة التي لا تقع عليها لائمة ضد زوجها الذي يبغضها هو الحصول على تصريح بان تنفصل، وهذا التصريح يعادل التصريح بالانفصال القضائي. ومع ذلك فان الطلاق الذي يتم بموافقة الزوجين يعترف به قانون الهندوكيين سواء سمحت به تقاليدهم أو لا [2].

الطلاق في تشريع مانو:

يأمر هذا التشريع بان يتولى الوالدان أمر زواج الوليد قبل أن تتولى عليه الرغبة الجنسية، فتقذف الى زواج مصيره خيبة الرجاء واليأس المرير. ويصف مانو زواج (الجانذرفا) (الزواج باتفاق الزوجين دون تدخل الآباء) بانه وليد الشهوة.

---

[1] مقارنة الاديان المرجع السابق ص١٧٥ـ١٧٦.

[2] المرجع السابق ص٧٢ـ٧٣.

[3] ينظر قصة الزواج تأليف (ادوارد وسترمارك) ترجمة عبد المنعم الزيادي ص٣١٠.

ويقول الزواج المفضل القابل للدوام وعدم التعرض للانهيار هو الزواج الذي يـدبره الآبـاء، مراعين فيه كل قواعد الزواج من داخل أو من خارج فالشاب ينبغي أن يتزوج داخل طبقته الاجتماعية، لكنه يختار زوجته من خارج مجموعته العائلية. يقصد بـذلك الـزواج مـن غـير الأقارب ممن يكونون في مستواه من الناحية الاجتماعيـة حتـى يكـون الـزواج بعيـداً عـن الانهيار بالطلاق.

ويقضي تشريع مانو على الزوجة بان تحب زوجها أمّا الزوج فـلا ينتظـر منـه أن يبـدي لزوجته حباً وانما تكفيها الحماية الأبوية لان الأسرة الهندية دخلت في الطراز الأبوي الصميم، فالوالد هو السيد الكامل السيادة على الزوجة والأبناء والعبيد.

ويأمر تشريع مانو بان على الزوجة أن تخاطب زوجها في خشوع قائلة: (يا مولاي) أو (يا سيدي) بل (يا الهي)!!

ويحصر تشريع مانو ما يبرر الطلاق ويجيزه في سبب واحـد فقـط وهـو الخيانـة الزوجيـة. فالزوج يطلق زوجته أن خانته، ولكنها لا تستطيع هي أن تطلقه أو تطلب الطلاق أن خانها.

وفي مقدور الزوج اذا شربت زوجته الخمر، أو اذا مرضت، أو اذا شقت عليه عصا الطاعة، أو كانت مسرفة، أو شاكسة أن يتزوج من غيرها في أي وقت شاء. (لا أن يطلقها)[1].

احراق الزوجة مع زوجها بعد مماته:

تأكيداً على ربط مصير الزوجة بزوجها سادت في الهند عـادة احـراق الزوجـة مـع جثـة زوجها بعد موته، لانها يجب أن ترجع اليه في الحياة الأخرى.

يقول (ول ديورانت): (دخلت الهند عادة حرق الأرامل على الكومـة الـتي يحـرق فيهـا أزواجهن، وقد عارضها البراهمة أول الأمر لكـنهم عـادوا فقبلوهـا، وأخـيراً خلعـوا عليهـا قدسية دينية تحميها من العبث، وذلك بان جعلوها مرتبطة بأبدية الرابطة الزوجيـة، فـالمرأة اذا تزوجت رجلا كـان عليهـا أن تظل زوجتـه وسـتعود الى الارتبـاط الزوجـي في حياتهـا المقبلة)[2]. ولكن هذه العادة قلت أو تلاشت بفضل دخول الاسـلام في بـلاد الهنـد وبسـبب الاحتكاك بالعالم المتحضر.

---

[1] قصة الحضارة ٣/١٨٠.

[2] المرجع السابق ٣/١٨١.

حسن التعامل مع المرأة في التعاليم الهندية:

على الرغم من أن التعاليم الهندية تفرض على الزوجة أن تخضع لزوجها خضوعاً تامّاً فانها أمرت بحسن التعامل معها:

ففي تشريع (مانو): (لا يجوز ضرب الزوجة ولو بزهرة) (وردة).

ومن شعائر الهندوس: (الأسرة التي تحترم المرأة فان الآلهة تخصها بعطفها. وأمّا الأسرة التي تحتقر فيها المرأة فان حسناتها تذهب سدى).[1]

الاستنتاج:

نستنتج من هذا الاستعراض أن الحياة الزوجية في الهند القديم مرت بثلاث مراحل:

١- في المرحلة الأولى لا زواج ولا طلاق وانما كان هناك شيوع جنسي لدى بعض القبائل في الأقل.

٢- في المرحلة الثانية كان الطلاق بيد الزوجة تفارق زوجاً وتتزوج آخر. وكان ذلك في مرحلة سلطة الأمومة.

٣- في المرحلة الثالثة - مرحلة سيطرة الاديان والسلطة الابوية أصبح الطلاق مقيداً يمارس في حالات محددة ولأسباب معينة وهي:

أ - حالة ثبوت الخيانة الزوجية من الزوجة.

ب - الطلاق الاتفاقي الذي يتم باتفاق الزوجين.

ج - حصول المرأة على التصريح بالانفصال (التفريق القضائي) عند سوء معاملة الزوج مع زوجته.

د - حالة كون الزوجة شريرة قاسية القلب.

---

[1] قصة الحضارة المرجع السابق ١٧٢/٣ وما بعدها.

المبحث الثاني

الطلاق الصيني القديم

كانت الديانات المعروفة لدى الصينيين قبل الاسلام: ديانة (كونفوشيوسية)[١] ، وديانة (الأرتمه)[٢] ، وديانة (بوذا) التي دخلت الصين في أوائل القرن الثالث قبل الميلاد بوساطة تجار الهند.

وفي سنة ٧٠٦ ميلادية دخل القائد الاسلامي قتيبة بن مسلم الباهلي بلاد الصين فاتحاً لها، ولم ينته العصر العباسي حتى كان للاسلام شان عظيم في الصين.

الزواج الصيني القديم:

كان أبو الزوج قبل أن يعقد لابنه على فتاة يذهب الى أبيها فيأخذ إسمها، ويوم ميلادها، ثم يقارن بينها وبين اسم ابنه ويوم ميلاده فان وجد الطالع موافقا أقدم على عقد الزواج والا فلا.

واذا وقع الاختيار عليه يذهب أقارب الزوج مع الفتاة الى الحمام لرؤية جسمها وهي عارية عن الثياب.

وبعد ذلك يدفع الزوج المهر بدون أن يسمح له رؤية عروسه، وفي اليوم المحدد للزفاف ينصب قرب دار العروس صيوانان مُزان بالشموع والقمح، فيجلس العروسان بجانبهما قليلا، ثم يمشيان في احتفال عظيم يرميهما الأهل والاقارب بالقمح والشموع الموجودين في الصيوانين الى أن يصلا بيت الزوج فيجلسان معاً على مائدة يأكلان منها بعض الشيء.

---

[١] نسبة الى كونفوشيوس (٥٥١–٤٧٨ق.م) ومسقط رأسه مدينة (تشو - فو). أنظر قصة الحضارة ٤/٤١.

[٢] كان معاصراً لكونفوشيوس وترك وراءه مذهبا اسمه التأوية نسبة الى (تأو) بمعنى (الطريق). ويقوم مذهبه على تزكية النفس، وتجريدها من شهواتها. أنظر الاسرة في الشرع الاسلامي للاستاذ عمر فروخ ص٢٤.

فعندئذ يعتبر أن عقد الزواج قد تم[١].

ومن الجدير بالذكر أن كونفوشيوس كان يرى أن ثمة شيئاً من التناقض بين الفلسفة وبين الزواج.

وهو قد تزوج في التاسعة عشرة من عمره وطلق زوجته وهو في الثالثة والعشرين. ويرى الباحثون أنه لم يقدم على الزواج مرة أخرى[٢].

مركز الزوجة الصينية:

كانت الزوجة الصينية مستعبدة لزوجها، فاذا أساءت معاملة زوجها فانها تعاقب بمائة جلدة بينما لم يكن هنالك أي عقاب على اساءته اليها.

تقول السيدة (بان هو)[٣] الصينية في رسالة تصف فيها مكانة المرأة أنذاك: (نشغل نحن النساء آخر مكان في الجنس البشري، ولنحن أضعف قسم من بني الانسان، ويجب أن يكون نصيبنا أحقر الأعمال، وما أعدل ما يقوله في حقنا كتاب قوانين الجنسين وأصدقه: اذا كان للمرأة زوج يرتضيه قلبها وجب أن تبقى معه طيلة حياتها، واذا كان للمرأة زوج لا يرتضيه قلبها وجب أن تبقى معه أيضاً طيلة حياتها)[٤].

ومن الجدير بالذكر أن المرأة الصينية كان لها مركز عال في العهود التي كان سلطان الأمومة يعلو سلطان الآبوة في الأسرة. وبعد أنعكاس هذه الظاهرة الاجتماعية وحلول سلطان الأب محل سلطان الأم، وبعد مجيء الديانة الكونفوشية بصورة خاصة أخذ مركز الزوجة يتلاشى شيئاً فشيئاً حتى وصل الأمر الى حد منعهن من أن يعشن مع الرجال في غرفة واحدة أو يختلطن بهم فكانت الزوجة معزولة عن الرجل حتى في بيت الزوجية.

وبالاضافة الى ذلك كان عليها أن تبقى أرملة مدى الحياة اذا مات زوجها بل احياناً يطلب منها أن تحرق نفسها تكريماً له[٥].

---

[١] الزواج والطلاق في جميع الاديان المرجع السابق ص٥٥٨.

[٢] ينظر قصة الحضارة ٤/٤١.

[٣] بان احدى بنات الطبقة العليا.

[٤] قصة الحضارة ٤/٢٧٣.

[٥] الزواج والطلاق في جميع الاديان ص٥٦٣.

الطلاق الصيني القديم:

على الرغم مما كانت عليه الزوجة الصينية من الخضوع التام لزوجها فان الزوج لم يكن حراً في طردها من البيت أو طلاقها، وانما كان يعاقب بمائة جلدة اذا طلقها أو طردها من البيت دون أن تخرق هي العلاقة الزوجية بجريمة الفجور أو غيرها، ودون أن تخلق له سبباً من الأسباب المبررة للطلاق.

وكانت الأسباب التي تعطي للزوج ممارسة حق طلاق زوجته عبارة عما يلي:

١ـ العقم (عدم انجاب الاطفال).

٢ـ الفسق (الخيانة الزوجية).

٣ـ عدم احترام والدي الزوج.

٤ـ السرقة (سرقة شيء من زوجها).

٥ـ الغيرة (غيرتها عليه من زواجه بغيرها).

٦ـ المرض المعدي أو الذي لا يرجى شفاؤه.

٧ـ سلوك الشك.

٨ـ الثرثرة (كثرة الكلام في تردد وتخليط)[1].

وعلى الرغم من قيام سبب أو أكثر من هذه الأسباب ـ باستثناء الخيانة الزوجية ـ فان الطلاق كان مرفوضاً رفضاً باتاً في احدى الحالات التالية:

أ ـ اذا حزنت الزوجة على والدي الزوج ثلاثة أعوام.

ب ـ اذا أثرت الزوجة الاسرة منذ أن تم الزواج في حالة الفقر، بان فضلت البقاء مع الاسرة في حالة ضرائها كما فضلت ذلك في حالة سرائها.

ج ـ اذا لم يكن للزوجة أحد الابوين على قيد الحياة فتستطيع أن ترجع اليه.

ويرجع سر عدم جواز الطلاق في الحالتين الأوليين الى فكرة أن الزوجة قد عانت الحرمان مع زوجها الى الحد الذي يعطيها حق اهتمامه بها.

لكن لا يحمي الزوجة من الطلاق حتى في هذه الحالات الثلاث اذا ارتكبت اثم الفجور (الخيانة الزوجية) بل أن الزوج الذي يبقى معه مثل هذه الزوجة يتعرض للعقاب[1].

---

[1] قصة الزواج المرجع السابق ص٣٠٤.
الزواج والطلاق في جميع الاديان ص٥٤١ـ٥٦٢.

وبالاضافة الى الأسباب الثمانية المذكورة المبررة للطلاق فان هناك صورة أخرى لجوازه وهو الطلاق باتفاق الزوجين. وهذا ما أقرته الأديان والقوانين باستثناء العالم المتأثر بالمذهب الكاثوليكي بعد أنتشار الديانة المسيحية وبدو ـ على ما أعتقد ـ أن الزوجة الصينية لم يسمح لها بان تطلق زوجها أو تطلب الانفصال (والتفريق القضائي).

المبحث الثالث

الطلاق الفارسي القديم[٢]

تعددت الأديان الفارسية وأشهرها:

١ـ الزردهشتية: زردشت أو (زرادشت) أو (زرشتا) جاء بعد الديانة المجوسية (٦٦٠ـ٥٨٣ق.م).

ومن تعاليمه: (بقدر أعمال المرء في حياته الدنيا يكون جزاؤه في الحياة الاخرى يوم الدين).

يقول (ول ديورانت) لما جاء زردشت كان الفرس يعبدون (مثرا) (اله الشمس)، و(انيتا) (اله الخصب والأرض)، و(هوما) (الثور المقدس).

وثار على المجوس، وأعلن في شجاعة لا تقل عن شجاعة معاصريه عاموس وأشعيا أن ليس في العالم الا اله واحد هو (أهورا ـ مزدا) (اله النور والسماء). وله مجموعة كتب تسمى الأبستا (أو الأبستان)[٣] وكان للمرأة في هذه الديانة منزلة رفيعة، ولها

---

[١] أنظر ادوارد وسترمارك: قصة الزواج المرجع السابق ص٣٠٤، ٣٠٥ ول ديورانت: قصة الحضارة المرجع السابق ٢٧١/٤، المقارنات والمقابلات المرجع السابق ص٣٥٨، قانون الصين تأليف تودجي خانكدي لامبراطور الصين ترجمة سعيد العسلي الطرابلسي الشامي طبعة ١٩٠٦م، ١٣٢٤هـ.

[٢] الفرس: الذين عاشوا في ايريان ـ فيجو (أي موطن الأريين) الذي يسمى حاليا بـ (ايران).

[٣] ينظر قصة الحضارة ٤٢٤/٢ـ٤٢٦. وتعرف هذه الكتب عند العالم الغربي باسم (الزند ـ أبستا) بناء على خطأ وقع فيه احد العلماء المحدثين.

أن تتولى وظائف الكهنوت.

٢ـ المانية: (ماني) ظهر (٢١٥ب.م) وعاش مذهبه الى القرن الثالث عشر الميلادي ولم يخرج كثيراً من تعاليم زردشت وله كتاب (زوماساسترا) يعرف بشريعة مانو.
ومن تعاليمه: (ان العالم نشأ من أصلين هما النور والظلمة).

٣ـ المزدكية: ظهر مزدك (٤٨٧ب.م). ومن مبادئه أن الناس ولدوا سواء فيجب أن يعيشوا سواء.. وكان يبيح الزواج بين المحارم، بل يقول بالاشتراكية في النساء والاموال[1].
وقد خضعت بلاد الفرس للحكم الاسلامي منذ (٦٥١ب.م).

الزواج الفارسي القديم:

كان قدماء الفرس يجيزون تعدد الزوجات ومن بينهن الزوجة الرئيسة أو (الممتازة) وهي غالباً تكون الزوجة الأولى. والزوجة الممتازة هي ربة البيت، وتقوم مقام الزوج في ادارة أموال الأسرة عند اصابته بمرض عقلي.

وفي بعض الأديان ـ كالمزدكية ـ أبيح الزواج بين المحارم: الأب يتزوج بنته، والابن يتزوج أمه، والأخ يتزوج أخته.

وليس للبنت لدى الفرس القديم أن تختار زوجها وانما الأب أو من ينوب عنه في الولاية يقوم باختيار الزوج لها، الا أنها لا تجبر على القبول بهذا الزوج. وكانت الخطوبة دائماً تتم أثناء الطفولة، ويعقد الزواج في السن المبكرة.

وكان على الزوج أن يدفع لوالد العروس مبلغاً من المال، وله أن يسترده في بعض الحالات ـ كحالة عقم الزوجة مثلا ـ وكان للزوج أن يجعل زوجته شريكة له في ثروته، وله أن يفسخ هذه الشركة متى شاء.

وبعد الزواج تنتقل أهلية القيام بالأعمال الخيرية من الزوجة الى زوجها.

الطلاق الفارسي القديم:

ان نظام الطلاق عند الفرس يختلف تمام الاختلاف عن أنظمة الطلاق في الشرائع الأخرى

---

[1] ينظر قصة الحضارة ٤٣٨/٢ وما بعدها. الزواج والطلاق في جميع الاديان: المرجع السابق ص٥٣٥ـ٥٣٦، فجر الاسلام للاستاذ احمد أمين ص٩٨ـ١١٢.

أنذاك، حيث لم يكن الطلاق عندهم كعمل يقطع العلاقة الزوجية بصورة نهائية، بـل يمكننـا تصوير الطلاق عندهم بالحالات التالية:

١ـ **الطلاق مع منع حرية التصرف:** فاذا قال الزوج لزوجته: (انت طالق من الان تستطيعين التصرف بحرية في شخصك) فان هذا لم يكن يعني أنها ترجع الى حالتها الأولى التي كانت عليها قبل الزواج من المركز الاجتماعي بين النسـاء، وانما يعتبر اذنـاً لهـا بـان تكون زوجة خادمة لزوج آخر.

٢ـ **الطلاق بلا حرية:** فاذا طلقها فقط ولم يمنحها صراحة حق حرية التصرف في شخصها فان لها الحق أن تتزوج، الا أن أولادها من الزوج الجديـد يعتـبرون أولاداً للـزوج الأول اذا تولدوا أثناء حياته وهذا يدل على أن بقاء علاقتها مع الزوج الأول كان أقوى.

٣ـ **الطلاق بطريق التنازل:** كان للزوج أن يتنازل عن زوجته بدافع الاحسان والتبرع لأخيه في الدين اذا أصبح فقيراً دون تقصير منه، واحتاج الى مساهمة زوجة تعينه علـى كسـب قوته، واصلاح حالته المعاشية.

وكان هذا التنازل يتم بعقد قانوني يتعهد فيه الزوج الجديد أن يقوم برعاية زوجته، وعدم التصرف بأموالها.

ومن الجدير بالذكر أن رضا الزوجة لم يكن شرطاً في هذا التنازل[1].

ويبدو أن هذه العملية كانت طلاقاً وزواجاً وقتيين في وقت واحد، فكان للـزوج الأول حـق استرجاعها اذا قضى الزوج الثاني منها وطره.

كما يبدو أن علاقتها الزوجية مع الزوج الأول في هذه الحالة الثالثـة أقـوى بالنسـبة للحالتين الأوليين.

ويؤخذ مما ذكرنا أن الزوج الفارسي كان يتمتع بحرية الارادة في تطليق زوجتـه والتصـرف بها كيفما يشاء.

---

[1] ينظر كتاب قادة الفكر في الشرق والغرب تأليف حامد عبد القادر ص٩٢. فجر الاسـلام احمد امين ص٩٩ وهو ينقل عن جاكسون. الزواج والطلاق في جميع الاديان، المرجع السابق ص٥٣٥ وما بعدها. ايران في عهد الساسانيين للدكتورين: يحيى الخشاب، وعبد الوهاب عزام ص٣٠٨. الاسرة في الشرع الاسلامي: المرجع السابق ص٢٥. قصة الحضارة المرجع السابق ٢/٤٤٠ وما بعدها.

المبحث الرابع
الطلاق في اليابان

اليابان من الأمم العريقة في الحضارة حيث ترجع حضـارتها الى (٣٠٠ق.م)، واشـتهرت بالفلسفة، والعلوم، والفنون، والصنائع. وهي تتكون من مجموع الجزر الكائنة بشرقي الصـين في المحيط الهادي في الشرق الأقصى.

الديانة:

يشتهر اليابانيّون بعبادة قوى الطبيعة، فيعبدون الشمس والكواكب لانها تضئ علـيهم، والغابات لان فيها رزقهم.

والديانة الأولى لهم هي: (الشنتوية) المبنية على عبـادة أرواح المـوتى وقـوى الطبيعـة. تليها الديانة (البوذية) التي دخلت اليابان (٥٥٢بم)، ثم دخلـت الديانـة المسـيحية عـن طريق البعثات التبشيرية، فمنهم من يعتنق المذهب الكـاثوليكي، ومـنهم مـن ينتمـي الى المذهب البروتستانتي[1].

ولكن نسبة المسيحيين أقل بكثير اذا قورنوا بأتباع الأديان الأخرى.

الزواج:

كان الرجل من عامة الشعب يقتصر في الغالب على زوجة واحدة، وكان لأبنـاء الطبقـة العليا اتخاذ الخليلات. وكان للامبراطور الحق أن يتزوج كما يشاء. ويتخـذ مـن السـراري مـا يشاء.. والمرأة اليابانية كانت تتمتع بالحرية التامـة الى أن أنتشـرت نظريـة أهـل الصـين في

[1] ينظر دائرة معارف القرن العشرين ١٠/٨٨٧-٩٠١، قصة الحضارة: المرجع السابق ٤٥/٥ وما بعدها.

اخضاع المرأة للرجل فأذعنَ للطاعات الثلاث: للوالد، والزوج، والابن. وأصبحت سلطة الوالد استبدادية فله أن يطرد من الأسرة زوج ابنته، أو زوجة ابنه.

وبالنسبة للخيانة الزوجية. اذا وجد الزوج زوجته متلبسة بجريمة الزنا كان من حقه أن يقتلها مع عشيقها فوراً. ثم أضاف الى هذا الحق (الياسو) حكماً آخر وهو أن الزوج اذا قتل زوجته في مثل هذه الحالة، وأخلى سبيل الرجل حق عليه هو نفسه عقاب الموت[1].

الطلاق:

كان للزوج حرية الارادة في أن يطلّق زوجته بكلمة واحدة، ولأتفه الأسباب، وليس للزوجة حق الطلاق.

ومن وصايا الفيلسوف (أكن): للزوج أن يطلق زوجته اذا ما أسرفت في حديثها من حيث ارتفاع الصوت أو طول الكلام. أمّا اذا كان الزوج منحل الخلق، وحشي الطبع فما على الزوجة في رأي (أكن) الا أن تضاعف له الطاعة.

يقول (وستر مارك)[2]: (كان قانون الطلاق في تشريع (تايهو) باليابان من الناحية المادية (النظرية) هو نفس القانون السائد في الصين، ولكن من الناحية العملية كان من الممكن طلاق الزوجة اذا شاء الزوج ذلك ولأي سبب وان كان تافهاً، وقد كان السبب المعتاد ذكره هو (انها لم تكن تصلح لخدمة أسرته). ولم يكن للزوجة اليابانية حق شرعي في طلب الطلاق من زوجها كما هو الحال في الصين أياً كان السبب. وظلت هذه الحالة حتى عام ١٨٧٣م عندما صدر قانون سمح للزوجة للمرة الأولى أن ترفع قضية الطلاق ضد الزوج.

والقانون المدني الذي صدر بين عامي ١٨٩٦ـ١٨٩٨م يعتبر أكثر تقدماً من حيث تقييد ارادة الزوج، ومنح الزوجة حق طلب الطلاق.

وقد علق البروفيسور (هوزومي) على هذا القانون بقوله: (انه يضع كلا من الزوج والزوجة على قدم المساواة فيما يتصل بحق الطلاق، ولكني لا أرى أن مجرد الفسق من ناحية الزوج يعطي الزوجة حق طلاقه، وان كان له أن يطلق الزوجة الخائنة)[3].

وبالنظر الى تمتع الزوج الياباني بحرية الارادة في الطلاق فان حوادث الطلاق قد كثرت.

---

[1] قصة الحضارة ٥/٦٣ـ٦٩. الزواج والطلاق المرجع السابق ص٥٧٣.

[2] قصة الزواج ص٣٠٥.

[3] قصة الزواج المرجع السابق ص٣٠٦.

ولكن منذ أن نفذ القانون المدني الجديد فان نســبة هـذه الحـوادث قـد أنخفضـت بشـكل ملموس حيث كانت نسبة الطلاق الى الزواج في عام ١٨٩٧م ٣٤٪ في حين أصبحت ١٨٫٥٪ في سنة ١٩٠٠م وذلك بسبب فرض القيود على ارادة الزوج في الطلاق.

ومن الجدير بالذكر أن للديانة المسيحية تأثيراً كبيراً على تقييد حريـة ارادة اليابـانيين في الطلاق ممن اعتنقوا المذهب الكاثوليكي أو البروتستانتي.



الفصل الرابع
الطلاق في أوربا

يتناول هذا الفصل الطلاق عند اليونان والرومان في مبحثين مستقلين. ويأتي العامل الرئيس لحصر دراسة الطلاق الأوربي فيهما من الأهمية الحضارية والتشريعية لهذين البلدين.

المبحث الأول

الطلاق في اليونان

اليونان: بلد أوربي يقع في الجزء الجنوبي من شبه جزيرة البلقان.

واليونانيون: من الجنس السلافي يعتنق أكثرهم المذهب الأرثوذكسي..

وحضارتهم: من أشهر حضارات الأمم تقدماً، وقوة، ومنعة، وفناً، وصناعة.

وديانتهم: قبل أنتشار المسيحية كانت تأليه قوى الطبيعة.

وفي الفلسفة: كانوا في مقدمة فلاسفة العالم، والحرب كانت سجالا بين الدين والفلسفة، ينتصر الدين تارة، والفلسفة تارة أخرى.

الزواج:

العلاقات الجنسية في اليونان متباينة الانواع مختلفة الأشكال. وكانت الدعارة قد تصل الى درجة الحرفة أو التجارة. وكان الزواج يتم عن طريق شراء الزوج للزوجة كما في مرحلة السلطة الأبوية وعن طريق شراء الزوجة لزوجها كما حدث ذلك بعد تشريع أحكام الميراث، وانتشار عادة توزيع الآباء أموالهم على أولادهم وهم على قيد الحياة[1]. ففي الصورة الأولى كان للزوج سلطة مطلقة على زوجته وأولاده بالبيع أو أي تنازل آخر بمقابل أو بدونه كما كان للزوجة في الحالة الثانية الحرية المطلقة في تطليق زوجها.

حيث عرف اليونان الطلاق عندما شرع (واركون) قانونه (٦٢١ق.م) وسن (صولون)[2] بعد ذلك بعشرين سنة شرائع أثينا فنظم الزواج والطلاق وأقر حق الطلاق لكل من الزوجين، الا أن (ليكرغوس) لم يمنع هذا الحق الا للزوج.

---

[1] المقارنات والمقابلات المرجع السابق ص٣٣٥.

[2] (٦٣٨ـ٥٥٦ق.م) يعتبر مشرع اثينا وأحد حكماء اليونان السبعة واصبح حكماً في (٥٩٠ ق . م) ينظر دائرة المعارف للبستاني ٢٤١/١٠ موسوعة تاريخ العالم، وليام لانجر. اشرف على ترجمته الدكتور محمد مصطفى زيادة ١٢٩/١.

مراسم الزواج:

كان الزواج يبدأ باختيار الزوجة ثم الاتفاق على بائنتها، وتـتم خطبتهـا رسمياً في بيـت والدها، وتلي الخطبة المرحلة الثانية وهي اقامة وليمة في بيت الفتاة، فكان كل من الـزوجين يستحم في بيته قبل حضور الوليمة.

ويجلس رجال الأسرتين في جانب من الحجرة، والنساء من جانب آخر. ثم يأكل الجميع كعكة العرس، فيأخذ العريس بيد عروسه المحجبة ذات الثوب الأبيض لعله لم ير وجهها من قبـل - كما في العصر الكلاسيكي - ويسير بها الى عربة تقلـهما الى بيـت أبيـه في موكـب مـن الأصدقاء والأقارب ويرحب أبوا الزوج بالفتاة ويستقبلانها استقبالا دينياً حاراً يدخلانها دار الأسرة[1].

تعدد الزواج:

كان الزواج يقتصر على واحدة، ولكن في وسع الرجل أن يتخذ خليلة يعاشـرها معاشـرة الازواج زيادة على زوجته الرسمية.

وبعد الحملة التي سارت الى صقلية عام (٤١٥ق.م) قضت الحرب على كثير من الرجـال، فأباح القانون صراحة الزواج باثنتين، وقد حبذ هذا التعدد المحدود الفيلسوف (سقراط)[2].

أمّا الطلاق فانه قد خضع لانظمة متباينة في ضوء الظروف التي مرت على اليونان لـذا نوزع دراسته على ثلاث مراحل مستقلة وفي فروع ثلاثة:

---

[1] ينظر الزواج والطلاق في جميع الاديان: المرجع السابق ص٥٨٦.

[2] المرجع السابق.

الفرع الأول

الطلاق لدى اليونان في العصر القديم

عندما كان الزواج يتم عن طريق الشراء كان للمشتري من الزوج أو الزوجة حرية مطلقة في الطلاق.

وقد أخذ هذا الحق صورة من صور حق الملكية فكما كان للمالك حق شخصي أو عيني أن يتنازل عنه مقابل عوض أو دونه كان للزوج في فترة السلطة الأبوية أن يتنـازل عـن زوجتـه بالطلاق دون أن يكون له حدود، وكان له أيضاً أن يزوجها من آخر حـال حياتـه، أو يوصـي بها له بعد مماته، وكذلك كان له حق نفس التصرف بالبيع والوصية بالنسبة الى أولادها[1].

وعلى الرغم من هذه الحرية المطلقة للزوج لم تكن حوادث الطلاق كثيرة أنذاك.

يقول (جودسل): (لم يرد في (الالياذة)، أو (الأوديسة) أية اشارة الى الطلاق وهـذا يـدل على ندرته)[2].

وقد علل الباحثون هذه الندرة بانها كانت نتيجة عوامل أهمها ما يلي:

١ـ اختلاط الجنسين في العصر القديم من حياة اليونـان: بحيـث كـان بامكـان كـل مـن الزوجين أن يتعرف على الآخر قبل الزواج، وان يدرس حالته فيما له، وفيما عليه.

٢ـ تقارب المستوى الثقافي (أو الكفاءة في المركـز الاجتمـاعي): وذلـك بسـبب بسـاطة الحياة، وعدم أنتشار الثقافة بصورة متقدمة ومتطورة.

٣ـ المهر (أو ما كان يسمى أنذاك بالثمن): ساعد كثيراً على قلة حوادث الطلاق، حيـث كان الزوج ملزماً بالاضافة الى تسديد حقوق الزوجة المطلقة أن يدفع مبلغاً آخر كمهر (أو الثمن) لأهل الزوجة الجديدة[3].

٤ـ وهناك سبب آخر وهو أن والد الفتاة في اليونان كان يهب، عـادة لابنتـه بالنسـة مـن المال، والثياب، والجواهر، والعبيد.. وكانت هـذه الأشـياء تبقـى علـى الـدوام ملكـاً

---

[1] ينظـر المـرأة عنـد قـدماء اليونـان للـدكتور محمـود سـلام زنـاتي المرجـع السـابق ص١١٧، المقارنات والمقابلات المرجع السابق ص٢٣٥.

[2] المرأة عند اليونان: المرجع السابق.

[3] المرجع السابق ص١٢٦ـ١٢٩.

للزوجة، وتعود اليها اذا افترقت عن زوجها. وكان احتفاظهـا بمـال أبيهـا يقلـل مـن احتمال طلاقها من زوجها لاحتياجه اليها[1].

اهم اسباب الطلاق في هذا العصر:

كان من بين العوامل الرئيسة التي تدفع الزوج الى التخلي عن زوجته بالطلاق ما يأتي:

١ـ **الخيانة الزوجية**: فكان للزوج اذا اقتنع بثبـوت هـذه الخيانـة أن يطلـق زوجتـه، مـع استرداد ما دفعه لها بسبب الزواج، وذلك لان الزوجة عندئذ كانت تعتبر أنهـا قـد أخلّت بالغرض المقصود من الزواج وهو أنجاب الأولاد الشرعيين.

٢ـ **عقم الزوجة**: اذا كانت الزوجة عقيماً كان للزوج أن يطلقها، أمّا اذا كان العقم منـه فله أن يستعين بأحد أقاربه ليتصل بزوجته جنسياً، ويكون الولد للزوج.

يقول (ول ديورانت): (وكانوا يرون عقم الزوجة سبباً كافيـاً لطلاقهـا لان الغـرض مـن الزواج عندهم هو أنجاب الأبناء. أمّا اذا كان الرجل نفسه عقيمـاً فقـد كـان القـانون يجيـز والرأي العام يحبذ أن يستعين الزوج في هذه المهمة بأحد أقاربه. وكان الطفل الذي يولد نتيجة هذا الاتصال ينسب للزوج نفسه)[2]

---

(١) الزواج والطلاق في جميع الاديان: المرجع السابق ص٥٨٥.

(٢) قصة الحضارة ١١٥/٧.

الفرع الثاني
الطلاق في العصر الوسيط

تغير في هذا العصر شكل الزواج، فلم يعد يتم عن طريق الشراء. وكان مـن المفـروض أن يختفي مع اختفاء التصوير القديم للزواج الحق المطلق للزوج في الطلاق، الا أنه بقي تحت تأثير مبادئ أخرى جديدة. وقد كثرت حوادث الطلاق في هذا العصر نتيجة عوامل متعددة أهمها ما يلي:

١ـ أصبح المبدأ في العصر الكلاسيكي ـ على عكس العصر القديم ـ الفصل التـام بـين الصـنفين، فلم يكن بامكان الزوج أن يرى زوجته الا ليلة الزفاف ولذلك فان أنسـجام الزوجين خلقياً وخُلقياً كان أمراً متروكاً للمصادفة. ويبـدو أن الـزوج كـان كـثيراً مـا يتحين الفرص للتخلص من زوجته حتى يستطيع تجربة حظه مرة أخرى.

٢ـ أن نظرة اليونانيين الى الزوجة لم تتح الفرصة لقيام علاقـة المـودة بـين الـزوجين، بـل الزوج ينظر الى زوجته كخادمة مكلفة بادارة البيـت، فكـان مـن السـهل عليـه أن يبدلها بغيرها[1].

٣ـ اقرار قانون فكرة بنت الميراث: والمقصود من بنت الميراث هو أن أبا الأسـرة اذا تـرك بنتاً دون أولاد ذكور معها تتزوج من أقرب أقاربهـا، ويعتـبر ابنهـا الأول مـن هـذا الزواج ابناً لأبيها (أب الزوجة) يحمل اسمه، وتؤول اليه أمواله، ويرث ديانته[2].

وكان القانون يلزم من له الحق في الزواج من بنت المـيراث تطليـق زوجتـه الأولى اذا كـان متزوجاً، وهو بدوره يسارع الى ذلك اذا كانت التركة غنية. غير أن وجوب استرداد الدوطة[3] عند أنفصام الرابطة الزوجية حال كثيراً دون تسرع الزوج الى الطلاق.

يقول (أدوارد وستمارك): (ويبدو أن الطلاق لم يكن معروفاً قط عند الاغريق في عصـر (هوميروس) ولكنه أصبح حادثاً يومياً في بلاد اليونان فيمـا بعـد. وكـان قـانون (أتيكـا) يقضي بان الزوج يستطيع أن يطرد زوجته متى أراد ودون أن يـذكر أي دافـع، ولكنـه كـان مضطراً لان يرسل زوجته المطلقة الى بيت أبيها مع بائنتها[4].

---

[1] ينظر المرأة عند اليونان ص١٢٨. قصة الحضارة ١١٥/٧ وما بعدها.

[2] المرأة عند اليونان ص٩٠.

[3] أي المهر وما يعطيه ابو الزوجة لها من المال حين الزواج ويطلق عليها البائنة أيضاً.

[4] قصة الزواج ص٣١٠ـ٣١١.

حق الزوجة في الطلاق:

للزوجة في العصر الكلاسيكي حق طلب التفريق القضائي وذلك بتقديم طلب الطلاق الى (الأركون) (القاضي)[١] في حالتين[٢]:

١ـ اذا كان الزوج منهمكاً في الرذائل بحيث أهمل أسرته وهجر زوجته.

٢ـ اذا كان قاسياً وسيء المعاملة معها، غير أن وجوب ذهاب الزوجة بنفسها الى (الأركون) لتقديم طلبها قد قلل أهمية هذا الحق بحيث كثيراً ما يمنعها زوجها من ذلك عنوةً.

الطلاق باتفاق الطرفين:

كانت هناك صورة أخرى للطلاق المباح وهو الطلاق بتراضي الزوجين وكانـا يعبّـران عـن هذا الرضا عادة باعلانهما رسمياً الى الأركون مبينين فيه اتفاقهما على الطلاق والافتراق.

فاذا تم افتراقهما يكون حق الحضانة للأب، ويبقى الأطفال عنده وان ثبت عليه الزنا.

ومن الجدير بالذكر أنه عندما كانت اليونان من أقليم الدولـة البيزنطيـة كـان تنظـيم الطلاق فيها خاضعاً لقوانين جستنيان وبصـورة خاصـة قـانون رقـم (١١٧). وكانـت هـذه القوانين تبيح الطلاق من جانب واحد (الزوج) مـع قيـود لا تـؤدي مخالفتهـا الا الى ترقيـع عقوبات أو جزاءات مالية على المخالف ولم يخضع الطلاق لضرورة تقريـره بحكـم قضـائي في اليونان الا منذ القرن الثاني عشـر للـميلادي، ثـم تمكنـت الكنيسـة الارثوذكسـية حينمـا خضعت اليونان للحكم العثماني من تعديل قواعد الطلاق فجعلته غـير جـائز الا اذا كـان لسبب من الأسباب المعتبرة في قوانين جستنيان الى أن أصبح الطلاق غـير واقـع اذا لم يكـن للسبب المبرر خلافاً لما كان عليه سابقاً مـن وقـوع الطـلاق وترتـب العقـاب والجـزاء علـى المخالف[٣].

---

[١] اركون أو (ارخون) يعني القاضي. وطبقا لاصلاح دستور أثيني كـان يعـين تسـعة قضـاة (ارخون) بالقرعة من بين (٥٠٠) مرشح تختارهم البلديات. أنظر موسوعة تاريخ العالم ١٢٩/١.

[٢] قصة الحضارة ١١٥/٧ وما بعدها. قصة الزواج ص٣١١. والمرأة عند اليونان ص١٣٠.

[٣] أنظر أنحلال الزواج في حياة الزوجين وأسبابه في التشريعات الأوربية مستخرج من مجلة القانون والاقتصاد العددين (٤٠٣) لسنة (٢٨) لاستاذنا الدكتور جميل الشرقاوي، مطـابع دار الكتـاب العربي بالقاهرة ص٢٩٣.

الفرع الثالث

الطلاق لدى اليونان في العصر الحديث

استقلت اليونان عام ١٨٢١م وقضـت دسـاتير ١٨٢٢، ١٨٢٣، باعتبـار القـانون المـدني البيزنطي قانوناً لليونان. وبموجبه لم يكن الطـلاق معتـبراً اذا لم يـبرره سـبب مـن الأسـباب المحددة فيه. ثم صدر في عام ١٩٢٠ القانون الرقم (٢٢٢٨) فـتم بمقتضـاه تعـديل قواعـد أسباب الطلاق في ضوء المجموعة المدنية الألمانية.

وظل معمولا به حتى صدور المجموعة المدنية اليونانية في سنة ١٩٤٦ الـتي تم بموجبهـا تحديد أسباب الطلاق على سبيل الحصر بما يلي:

(الزنا، وتعدد الزواج، ومحاولة الاعتداء على الحياة، والهجـر المتعمـد، وزعزعـة الرابطـة الزوجية، والمرض العقلي، والجذام، والغيبة، والعجز الجنسي) حسب التفصيـل الآتي:

١. الزنا[1]:

يعتبر الزنا من أحد الزوجين اخلالا خطيراً بالالتزامات الزوجية، لذا عُدَّ مـن الأسـباب المبررة، بل الملزمة لطلب الطلاق من الطرف البريء، عند توفر الشروط التالية:

أ ـ أن يتم العمل بحرية الارادة ففي حالة وجود عارض الاكراه لا يعتبر سبباً.

ب ـ ألا يكون العمل برضاء الطرف الآخر والا لا تسمع دعواه.

ج ـ أن ينفذ العمل بذاته كاملاً، أمّا الشروع فلا يعتبر سبباً الزاميـاً، وانمـا هـو مـبرر اختياري وفق المادة (١٤٤٢) من المجموعة المدنية اليونانية.

د ـ أن يقدم الطلب الى القضاء خلال سنة إعتباراً من تاريخ علمه بالسبب[2].

ومن الجدير بالذكر أن المشرع اليوناني لم يتطرق لحكم حالة ارتكاب الزنـا مـن الـزوجين. فالمفروض ـ حسب اعتقادي ـ أن الطرف المتقدم بطلب الطـلاق لا يسـتجاب طلبـه اذا كـان متلبسا بنفس التلوث.

---

[1] أنظر المادة (١٤٣٩). من المجموعة المدنية اليونانية لسنة ١٩٤٦.

[2] ويسقط حقه في كل الاحوال بمضي عشر سنوات على قيام السبب. المادة (١٤٣٩).

٢. تعدد الزواج[1]:

ان مجرد عقد الزواج الثاني يبرر طلب الزوجة الأولى بالطلاق اذا لم يكن بعلمها ورضائها، على أن يكون للزواج الثاني مظهر قانوني، وان يكون الزوج الذي أبرمه سيء النية بان يعلم بعدم جوازه بسبب ارتباطه بالزوجية الأولى.

واذا اعتبرنا عدم صحة الزواج الثاني وفق تحريم التعدد في القانون اليوناني فيمكن أن يلحق هذا السبب بالسبب الأول الا أنه يختلف عنه في أن مجرد القصد يبرر الطلاق وان لم يحصل الدخول.

٣. محاولة الاعتداء على الحياة[2]:

لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق اذا اعتدى الطرف الآخر على حياته. ومن الطبيعي أن يكون هذا الاعتداء بالشروع في القتل على ألا أن يكون في حالة دفاع شرعي، ولا تحت تأثير اختلال عقلي.

أمّا مجرد التهديد فلا يعتبر سبباً في نظر المشرع اليوناني. كما يجب أن يقدم الطلب خلال سنة من تاريخ العلم بالاعتداء.

٤. الهجر المتعمد:

لكل من الزوجين حق طلب الطلاق اذا هجره الآخر بارادته، ودون مبرر على ألا يكون ذلك برضاء الطرف الآخر، وان يمضي عليه سنتان في الأقل اعتباراً من صدور الحكم بالطلاق، وان لم تكمل المدة وقت رفع الدعوى.

---

[1] المادة (١٤٠٠) من نفس المجموعة.

[2] ينظر المادة (١٤٤١) من المجموعة المدنية اليونانية.

٥. تصدع الرابطة الزوجية[١]:

يحق لكل من الزوجين طلب الطلاق اذا تعرضت العلاقة الزوجية لزعزعة خطيرة بتقصير الطرف الآخر وتوفرت الشروط التالية:

أ - أن يكون للطرف المدعى عليه تقصير ناشئ عن ارادة شاعرة عارفة بما تأتيه، أمّا اذا كان ذلك ناشئاً عن مرض أو عاهة عقلية أو أي سبب آخر فلا مبرر لطلب الطلاق.

ب - أن يكون هنالك تصدع في الكيان الزوجي.

ج - أن تقوم علاقة سببية بين زعزعة الحياة الزوجية وبين التقصير (أو الخطأ).

د - أن يقدم الطلب خلال سنة اعتباراً من تاريخ علمه بالسبب[٢].

يبقى أمّامنا سؤال وهو:

ما الحكم اذا كان سوء الرابطة الزوجية ناشئاً عن تقصير كلا الطرفين؟

الجواب على ذلك هو أن المفروض عدم استجابة الطلب اذا كان المتقدم به متلبساً بنفس السبب اللهم الا اذا كان دور خطأ المدعى عليه أظهر وأكثر.

ومن الجدير بالذكر أن للقاضي الموضوع في مثل هذه القضايا سلطة تقديرية. فهو بمقتضاها يستطيع أن يقدر أثر الافعال على الحياة الزوجية وكفايتها لتبرير الطلاق.

٦. المرض العقلي[٣]:

لكل من الزوجين حق طلب الطلاق اذا أصيب الطرف الآخر بمرض عقلي مضى عليه أربع سنوات دون الشفاء، وأدى الى عدم امكان تفاهم الزوجين.

٧. الجذام[٤]:

اعتبر المشرع اليوناني مجرد وجود هذا المرض سبباً مبرراً لطلب الطلاق دون قيد أو شرط.

---

[١] ينظر المادة (١٤٤٢).

[٢] ويسقط حقه في كل الاحوال بمضي عشر سنوات على قيام السبب.

[٣] ينظر المادة (١٤٤٣).

[٤] المادة (١٤٤٤).

٨. الغيبة[1]:

يحق لكل مـن الـزوجين طلـب الطـلاق اذا اعتـبر الـزوج الآخـر في حالـة غيـاب بحكـم القاضي[2]. لكن لا يحق له الزواج بعد صدور الحكم بالطلاق الا بعد اكتسـاب الحكـم درجـة البتات فاذا عاد الغائب قبل ذلك تسقط اجراءات الطلاق بحكم القانون[3].

ومن الجدير بالذكر أن المادة (٤٨) من المجموعة المدنيـة اليونانيـة تقضـي بـان الحكـم باثبات حالة الغياب بمثابة الحكم بالوفاة تترتب عليه آثار الموت، وبناء على ذلـك لا داعـي للحكم بالطلاق.

غير أن المادة (١٤٤٥) منها تعتبر هذا الحكم مجرد سبب مبرر لطلب الطلاق والحكـم بـه. وبناء على ذلك تعتبر استثناءً من عموم المادة (٤٨) وتخصيصاً لحكمها.

٩. العجز الجنسي[4]:

اصابة أحد الزوجين بالعجز الجنسي تعطي الحق للطرف الآخر في طلب الطلاق بشرطين:

١ـ أن يكون العجز قائماً وقت أنشاء عقد الزواج دون أن يعلم به طالب الطلاق.

٢ـ أن تمضي عليه ثلاث سنوات في الأقل اعتباراً من تاريخ مراسم الزواج.

هذه الأسباب التسعة هي التي تبرر وتجيز الطلاق وفقاً للقانون اليوناني الحديث. غـير أن بعض فقهاء القانون[5] أنتقدوا هذا التحديد بملاحظاتهم التالية:

١ـ لتصدع الحياة الزوجية كسبب من أسباب الطلاق مفهوم عام شامل تنـدرج تحتـه صور كثيرة للطلاق مما يؤدي الى هدم فائدة التحديد.

٢ـ بنى المشرع اليوناني تأثير بعض الأسباب على قيام عنصر الخطأ (التقصير) كمـا في الزنا، والاعتداء على الحياة... بينما البعض الآخر يبرر الطلاق بغض النظر عن وجود هذا العنصر أو عدمه من الجانب المدعى عليه كالجذام، والعجـز الجنسـي...

---

[1] المادة (١٤٤٥).

[2] المواد (٤٠ـ٥٠) من المجموعة اليونانية تنظم حكم الغيبة.

[3] ينظر الدكتور جميل الشرقاوي المرجع السابق ص٣٠١.

[4] المادة (١٤٤٦).

[5] ينظر استاذنا الدكتور جميل الشرقاوي المرجع السابق ص٣٠٢ـ٣٠٣.

فعُدُّ النوع الأخير من أسباب الطلاق يكون تنظيماً لـه باعتبـاره علاجـاً لرابطـة زوجية غير صالحة للبقاء.

٣- اعتبر المشرع اليوناني بعضاً من هذه الأسباب ملزمة للقاضـي بـالحكم بـالطلاق كما في حالة الزنا، والاعتداء، والهجر... في حين لا يعتـبر ملزمـاً بهـذا الحكـم في البعض الآخر مثل تصدع الحياة الزوجية، والمرض العقلي.

٤- أن هذه الأسباب ليست متساوية في القوة والآثار حيث أن الاحصاءات أثبتـت أن طلبات الطلاق بسبب الهجر وتصدع الكيان الزوجي تشكل ٨٠٪ بينما الطلبـات الناتجة من الأسباب الأخرى كلها تكون ٢٠٪.

المبحث الثاني

الطلاق عند الرومان

يعرف الرومان ببلد القانون الذي استقى منه أكثر القوانين الوضعية، وكان نقطة أنطلاق للحركة التشريعية والحضارية الأوربية القديمة والحديثة.

والقانون الروماني لا يزال يحتل مركزاً بارزاً في جامعات العالم تدرس نشـأته، وأصــوله، وتطوره، وتأثيره في سائر القوانين.

فلا غرو اذا وجدنا الزواج والطلاق الرومانيين يتسمان بطابع من تنظـيم لا يضــاهيه أي تنظيم قانوني آخر أنذاك.

الزواج الروماني:

حافظ الرومان في جميع عصورهم على الالتزام بمبدأ عدم تعدد الزوجات ولكنهم عرفـوا بنوعين رئيسـين من الزواج (الزواج بالســيادة والـزواج بـلا سـيادة) فهمـا شـرعيان حسـب القانون الروماني لكن الفرق الجوهري بينهما هو أن الزوجة في النـوع الأول تخضــع لســيادة زوجها أو سيادة صاحب السلطة عليه، فهي تعتبر بمثابة الميتة بالنسبة لصلتها بأهلها.

أمّا في النوع الثاني فهي تبقى على حالتها قبل الزواج من حيـث الخضــوع للســيادة أو استقلالها بحقوقها. غير أن أولادها من هذا الزوج يخضعون لسيادته أو لمن عليه السـيادة.

١. الزواج بالسيادة:

فهو ينعقد باحدى الطرق التالية:

أ ـ الطريق الديني:

وهو زواج رسمي ديني في وقت واحد ويتم في معبـد جـوبيتر بتقـديم الخطيـب قربانـاً (كعكة) الى اله الآلهة (jupiter) مقترناً بترتيل عبارات دينية أمّـام عشـرة مـن

الشهود باشراف الحبر الأعظم وكاهن المعبد على أن يكونا مولودين من هذا النوع من الزواج، ومتزوجين بنفس الطريقة.

ب ـ طريق الشراء (الزواج المدني):

وهو يتم بالطريقة التي تكتسب بها الأموال النفيسة وهي طريقة الاشهاد[1].

ج ـ الزواج بطريق المعاشرة:

فالرجل يعاشر إمرأة غير متزوجة خالية من موانع الزواج لمدة سنة كاملة كان يكتسب السيادة عليها وتكتسب المعاشرة صفة الزواج الشرعي نظير اكتساب الملكية بالتقادم. لكن غياب الزوجة من بيت الزوجية ثلاث ليال متوالية كان يقطع المدة ويحول دون اكتساب ذلك.

٢. الزواج بلا سيادة (الزواج العرفي):

وهو زواج كان يتم باتفاق الطرفين دون تدخل رجال الدين والدولة (القضاء) وتسبقه خطبة بين الخطيبين أو بين الخطيب ووالد الخطيبة ثم تنقل الزوجة في حفل شعبي يقدم اليها الماء والنار، ويدخولها منزل الزوجية يتم الزواج. ويرافق ذلك تقديم المهر أو ما يسمى بالدوطة (وهي الأموال التي تصحب الزوجة من بيت أهلها للانتفاع بها في بيت الزوجية دون التصرف برقبته)، وكان للزوجة حق استردادها اذا طلقت دون سبب منها، وتخسرها كاملة اذا طلقت بخطأ منها[2].

هذا ما يتعلق بالزواج الروماني بصورة مختصرة.

---

[1] الاشهاد عملية رسمية رومانية معقدة لنقل ملكية الاشياء النفيسة وهي تتطلب حضور خمسة شهود رومانيين بالغين من الذكور، مع حضور حامل الميزان، والناقل، والمكتسب الذي كان عليه أن يتكلم بعبارات رسمية وبحركات شكلية.

ينظر مبادئ القانون الروماني (تاريخه ونظمه) تأليف الدكتور عبد المنعم البدر والدكتور عبد المنعم البدرأوي، طبع دار الكتاب العربي بمصر ١٩٥٤م ص٢٣٢، ٣٧٢.

[2] ينظر الدكتور عبد المنعم البدر والدكتور عبد المنعم البدرأوي المرجع السابق ص٢٣٤. القانون الروماني للدكتور عمر ممدوح مصطفى الطبعة الثالثة ١٩٥٩م ص٢٠١. القانون الروماني للدكتور صبيح مسكوني، مطبعة شفيق بغداد ١٩٦٨م. ص٢٠١.

أمّا الطلاق: فقد عرفه الرومان كوسيلة لانهاء رابطة الزوجية منذ زمن بعيد الا أنه لم يدم على نمط واحد خلال العصور المتعاقبة من تاريخهم الطويل، بل كان محل تطور متعدد الحلقات حيث امتدت اليه يد التعديل تارة بالاباحة المطلقة، وأخرى بالتقييد.

وفي ضوء هذه الحقيقة نوزع دراسته من حيث مدى سلطان الارادة فيه على العصور الثلاثة (القديم، والكلاسيكي، والامبراطورية السفلى) في ثلاثة فروع.

الفرع الأول

الطلاق في العصر القديم

ومما يلفت نظر الباحث والقارئ أن الطلاق في هذا العصر كان نادراً على الرغم من عدم وجود قانون ينظّمه، أو تعاليم دينية تضع عليه القيود، وعلى الرغم من أن لرب الأسرة سلطة أنهاء الرابطة الزوجية بين بنته وزوجها، أو بين ابنه وزوجته، وان كلا من الزوجين كان من الناحية النظرية يتمتع بحرية الارادة لفصم العلاقة الزوجية متى شاء.

ويبدو أن سر هذه الندرة كان يعود الى عدة أسباب: احترام الرأي العام الذي كان يشمئز من الطلاق، والدافع الوجداني الذاتي الذي يخاف مما يطلق عليه تعبير (عيب) والأخذ بمبدأ الشورى قبل الاقدام على الطلاق.

ويدل على ذلك ما ينقله المؤرخون الرومانيون من أن الزوج كان ملزماً بدعوة مجلس عائلي يضم أقاربه وأصدقاءه ليأخذ رأيهم قبل اللجوء الى التطليق، ومن أن الزوج الذي يطلق زوجته بلا مبرر كان معرضاً لان توضع بجانب اسمه في قائمة التعداد ملحوظة تتضمن الحاق الوصمة به وتؤدي الى حرمانه من حقوقه العامة[1].

ولذا لم يحدث الطلاق في الأعم الأغلب الا عقاباً للزوجة على خطأ جسيم ارتكبته.

ويقال: أن أول من طلّق زوجته في العصر الروماني القديم كان (كارفيليوس روجا) عام (٢٣٥ق.م) على الرغم من أنه كان يحبها وان خلقها وسلوكها لم يكونا موضع شكوى منه

---

[1] ينظر المرأة عند الرومان للدكتور محمود سلام زناتي طبعة دار الجامعات العربية للطباعة ١٩٥٨ص٢٣١. حقوق الرومانيين تأليف توفيق السويدي العباسي مطبعة الفلاح - بغداد ١٩٢٢م ص٨٦.

لكنها كانت عاقراً. وقد أثار عمله هذا سخط واشمئزاز مواطنيه من الأقارب والأصدقاء.[١]

يقول (أدوارد وستر مارك): (فقد كان حق الزوج (أي في الطلاق) مـن الناحيـة العمليـة يحده من غير شك الرأي العام وحتى الرقبا.. فقد قيـل أنـه انقضـت خمسـمائة عـام دون أن يستغل أحد حق الطلاق!! مما يبين لنا أن الطـلاق في الأيـام الحاليـات كـان نـادراً جـداً في روما)[٢].

ويبدو لي أن هناك أسباباً أخرى لندرة الطلاق وهي أن الرومانيين في عهدهم القديم كان لهم شعور ذاتي بان الهدف الأول والرئيس من الزواج هو أنجاب الأولاد وتربيتهم ليكون لهم من بعدهم من يعنى بقبورهم، بالاضافة الى الواجب الوطني كان يحتم عليهم تربيـة الأولاد بصورة صحيحة. أمّا اشباع الرغبة الجنسـية فهو كان هـدفاً ثانويـاً مـن الـزواج. اذن دافـع النسل الى الزواج، وعطف الآباء على الأطفال، وحتمية تربية الأولاد للوطن... كل ذلـك أدى الى تمتين رابطة الزوجية وابعادها عن مأساة الفصم.

ويدل على ذلك قول (ول ديورانت): (كانت تربيـة الأولاد في الـزمن الأول واجبـاً علـى الآباء للدولة يحتمه عليهم الشرف ويلزمهم به الرأي العام. أمّا الان[٣] فقد بات من أسـخف الأشياء أن يطلب من الآباء أن يزيدوا عدد سكان المدينة التي ضاقت بمن فيها.

وكانت موانع الحمل بنوعيها الآلي والكيميائي واسـع الانتشـار فـاذا لم تفلـح أسـعفهن الاجهاض. نعم أن الفلاسفة والمشرعين يحرمونه ولكن أرقى الأسر كانت تلجأ اليه)[٤].

هكذا يقارن (ول ديورانت) بين الاعتـزاز بـالأولاد وتـربيتهم لخدمـة الـوطن في العصـر القديم، وبين الاستخفاف بالنسل وتربية الجيل في العصر الكلاسيكي الذي نتناولـه بالبحـث في الفرع القادم.

---

(١) المرأة عند الرومان المرجع السابق.

(٢) قصة الزواج المرجع السابق ص٣١١.

(٣) يقصد العصـر الكلاسـيكي وبصـورة خاصـة رومـه الابيقوريـة ٣٠ق.م - ٩٦ب.م ينظـر قصـة الحضارة ٢/٣٠٢.

(٤) قصة الحضارة المرجع السابق.

الفرع الثاني
الطلاق في العصر الكلاسيكي

اكتسبت الزوجة في هذا العصر حق الطلاق بالاضافة الى احتفاظ الزوج بحقه فيه. ولقد رب الأسرة سلطته على أنها، رابطة زوجية ابنه أو ابنته، وطرأ تطور غريب على ظاهرة الطلاق فكثرت حوادثه بشكل غير متصور. ولم يقتصر ذلك على عامة الشعب. بل أن الرجال البارزين الذين تزوجوا وطلقوا أكثر من مرة عددهم لا يعد ولا يحصى.

وعلى سبيل المثل: أن (يوليوس قيصر) تزوج وطلق أربع مرات. ويسخر الفيلسوف (سنيكا) من كثرة الطلاق في عصره قائلا: (ان بعض سيدات الطبقة الراقية لا يحسبن أعمارهن بعدد القناصل وانما بعدد أزواجهن، فهن يطلقن لكي يتزوجن ويتزوجن لكي يطلقن)!!![1].

وهكذا أصبح الناس يسيئون استعمال حرية الارادة في الطلاق فيطلقون لأتفه الأسباب وأوهاها، فيطلق زوجته لمجرد أنها ذهبت لرؤية الألعاب دون اذنه وتطلق الزوجة زوجها لانه تكلم مع فلانة!!!

فلم تكن هناك أسباب خارجية أو ذاتية تحول دون كثرة حوادث الطلاق فلا سيطرة من الدين أو القانون، ولا استيقاظة من الضمير، وترتب على ذلك خراب بيوت، وتفكك أسر وتشرد أولاد، وانتشار فساد.

يقول (ول ديورانت): (الحرية الجديدة أخذت تحطم ما كان للأب من سيطرة تامة على أسرته، كما أخذت تحطم كيان الأسرة بأكمله ودخلت النساء الرومانيات العذار وكانت لهن من الحرية مثل ما للرجال سواء بسواء، واتخذن لهن أثواباً من الحرير المهلهل الشفاف المستورد من الهند والصين...).

---

[1] المرأة عند الرومان المرجع السابق ص٣٢٢.

ثم يمضي قائلا: (أصبح الزنا من الأمور العادية وألفه الناس ولم يكن ثمة إمرأة موسرة الا طلقت مرة على الأقل. ولم يكن اللوم في ذلك واقعاً على النساء. فقد كان أكبر سبب أنتشار الطلاق أن الزواج عند الطبقات العليا أصبح خاضعاً للمال وللسياسة...)[1].

ويقول البستاني[2]: (ان أسباب الترف أدت الى كثرة الطلاق فيعدل الزوج عن زوجته ليتزوج بأخرى والزوجة تنفصل عن زوجها لتتصل بعشيقها). ولم يكن من يقدم على الطلاق من الزوج أو الزوجة مسؤولا عن بيان سبب ذلك لا أمّام القانون ولا أمّام الرأي العام.

وعلى سبيل المثل: عندما طلق (بولوس أميليوس) زوجته (بابيريا) لامه أصدقاؤه وأثنوا على زوجته بانها جميلة وعاقلة وولود، فرد عليهم قائلا: (حذائي جديد وجيد الصنع ومع ذلك فاني مضطر الى تضييعه فليس هناك أحد سوائي يعلم اين يؤلمني)!!![3].

وكانت حرية الارادة في الطلاق في العصر الكلاسيكي تعتبر من النظام العام ولذلك كان كل اتفاق بين الزوجين على شرط يقيد هذه الحرية باطلا ومخالفاً للنظام العام.

وبالاضافة الى ذلك فان رضا كل من الزوجين كما كان يعتبر ركناً من اركان أنعقاد الزواج كذلك كان يعتبر ركناً من أركان استمراره أيضاً[4] فاختفاء الرضا من أحدهما في استمرارية الحياة الزوجية أياً كان سببه يعني اختفاء هذه الرابطة من الوجود الشرعي.

وحرية ارادة الزوجين في الطلاق كانت نتيجة حتمية لمبدأ الرضائية في عقد الزواج لا وقت أنعقاده فحسب وانما في كل فترة من فترات بقائه. غير أن هذه الحرية في الطلاق طرأ عليها تغيّر ملموس في عصر الامبراطورية السفلى بفضل التعاليم المسيحية وتدخل السلطة في وضع حد لاساءة استعمال حق الطلاق من الزوج أو الزوجة وهذا ما سنوضحه في الفرع الآتي.

---

(1) ينظر قصة الحضارة الجزء الأول من المجلد الثالث (قيصر والمسيح، أو الحضارة الرومانية) ص٢٧٨-٢٧٩.

(2) دائرة المعارف للبستاني ٣٢٦/١١.

(3) المرأة عند الرومان المرجع السابق ص٢٣٣.

(4) مبادئ القانون الروماني المرجع السابق ص٢٤٧.

الفرع الثالث
الطلاق في عهد الامبراطورية السفلى[1]

في هذا العصر أخذ سلطان الارادة في الطلاق يتطور مما له من الحرية المطلقة في العصر الكلاسيكي الى التقيد بقيود فرضتها القوانين والدساتير الرومانية بتأثير التعاليم المسيحية منذ لحظة اعتناق الأباطرة الرومانيين لهذه الديانة وفور تسلمهم مهام السلطة حيث رفعت في أنحاء روما الشعارات المسيحية التالية:

(الزواج رابطة لا أنفصام لها).

(الأفراد في وسعهم أن يعقدوا أو لا يعقدوا زواجاً فاذا عقدوه فليس في وسعهم أن يحلوه).

(ما وصله الرب لا يفصمه البشر).

(الزواج عقد رضائي لكن الرضا فيه لا يلزم توافره الا عند أنعقاده فهو غير لازم لاستمراره)، وهكذا.

فالكنيسة أن لم تنجح في جعل التشريع الزمني يتبنى مبدأ عدم قابلية الزواج للانحلال فانها قد تمكنت من وضع حد لاساءة استعمال حق الطلاق وتقييد حرية الارادة فيه مع الاختلاف في مدى هذا التقييد في ضوء المراحل التي مر بها التشريع الخاص بنظام الطلاق. والتعديلات التي طرأت على نظام الطلاق هي ما يلي:

أ ـ عهد قسطنطين:

بدأ تعديل نظام الطلاق في هذا العهد باصدار دستور عام ٣٣١م الذي أعلن في مقدمته: (لا ينبغي أن يمكن الزوج أو الزوجة من أن يطلق أحدهما الآخر في طيش أو لأعذار واهية)[2].

---

[1] يبدأ هذا العصر بولاية الامبراطورة (دقلديانوس) في عام ٢٨٤م ويمتد حتى موت الامبراطور جوستنيان سنة ٥٦٥م هذا من الناحية السياسية، أمّا من ناحية تأريخ القانون فيرى البعض أنه يبدأ بحكم الامبراطور قسطنطين ٣٠٣م.

[2] راجع المرأة عند الرومان ص٢٣٤ وما بعدها.

وتضمن الدستور تحديد الأسباب المبررة للطلاق لكل من الزوجين حسب ما يلي:

أولا ـ للزوج أن يطلق زوجته عند توفر أحد الأسباب الآتية:

١ـ الزنا: ويلاحظ أن زنا الزوجة كان سببا يعطي الحق للزوج أن يطلّقها ولكن زنا الزوج لم يجز للزوجة أن تطلقه بموجب هذا الدستور.

٢ـ الحكم على الزوجة بسبب ارتكابها جريمة التسميم.

٣ـ احتراف الزوجة مهنة الواصلة (القوادة).

ثانيا ـ للزوجة أن تطلق زوجها اذا كان متلبساً بأحد السببين التاليين:

١ـ ارتكاب جريمة التسميم.

٢ـ هدم المقابر أو أنتهاك حرمتها.

ومن الجدير بالذكر أن مخالفة هذه الأسباب لم تكن لتحول دون وقوع الطلاق، بل الطلاق يقع ولكن يترتب عليه جزاء مالي يتمثل في فقدان المرأة دوطتهـا أن طلقـت زوجهـا بـدون سبب، وفي الزام الزوج برد الدوطة كاملة للزوجة أن طلّقها دون تحقق سـبب مـن الأسـباب المذكورة آنفاً.

ب . عهد جوليانوس:

اعتبرت الاصلاحات التشريعية الخاصة بنظام الطلاق من الامبراطـور قسـطنطين تسـرعاً وعملا سابقاً لأوانه وأمراً يصطدم مع عادات الرومان السائدة وتقاليدهم الراسخة في اباحـة الطلاق دون قيد أو شرط، لذا لما تولى جوليانوس الحكم بادر الى الغاء هذا التشـريع وأعـاد حرية الطلاق تنفيذاً لرغبة الشعب[1].

ج . عهد تيودوزيوس وفانتيانوس:

بعد موت جوليانوس وعودة الأباطرة المسيحيين الى الحكم جرت محاولات جديـدة لتقييـد الارادة في الطلاق فأصدر الامبراطوران تيودوزيوس وفالنتيانوس دستور ٤٤٩م الذي تضـمن تحديد أسباب الطلاق.

---

[1] المرجع السابق ص٢٣٥. الدكتور احمد الغندور الطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون، الطبعة الأولى ١٩٦٧م ص٢٣.

وقال (تيودوزيوس) في تعليل هذا التحديد: (ان الذي دفعه اليه هو مصلحة الأولاد الذين هم الضحايا الحقيقيون في معظم الأحوال لانفصال الوالدين)[1].

غير أن هذا الدستور قد أضاف الى أسباب الطلاق في دستور قسطنطين أسباباً أخرى جديدة بالنسبة لطلاق الزوج والزوجة كما يلي:

أولا ـ للزوجة أن تطلق زوجها

اذا تحقق أحد الأسباب الآتية:

١ـ الحكم على الزوج بسبب التزوير أو السرقة أو أية جريمة أخرى.

٢ـ محاولة الزوج الاعتداء على حياة زوجته بالشروع في قتلها.

٣ـ اساءة الزوج معاملة الزوجة.

٤ـ الخيانة الزوجية من الزوج.

ثانياً ـ للزوج أن يطلق زوجته

في احدى الحالات التالية:

١ـ أنتهاك الزوجة حرمة المقابر.

٢ـ الحكم عليها من أجل السرقة.

٣ـ شروعها في الاعتداء على حياة الزوج.

٤ـ أن تحيا حياة متحررة أكثر مما ينبغي.

وقد قرر الدستور المذكور أيضاً أن الزوجة اذا طلقت زوجها دون سبب من هذه الأسباب تفقد حقها في استرداد الدوطة.

كما أن الزوج اذا طلق زوجته دون سبب يفقد حق استرداد المهر الذي دفعه للزوجة بمناسبة زواجها[2].

---

[1] المرأة عند الرومان المرجع السابق ص٢٣٦.

[2] المرجع السابق ص٢٣٧. قصة الزواج المرجع السابق ص٣١٠ـ٣١١ الدكتور شاب توما القانون الروماني ص٧٢ الدكتور جميل الشرقاوي المرجع السابق المقارنات والمقابلات المرجع السابق ص٣٥٩. جبرائيل البناء القانون الروماني ص١٠١. الدكتور ممدوح عمر مصطفى القانون الروماني ص٤.

د . عهد جوستنيان:

تولى جوستنيان الحكم في الامبراطورية الشرقية (٥٢٧هـ٥٦٥م) وأجرى تعديلات على نظام الطلاق بحيث يمكن تنويعه الى الانواع الاربعة الآتية:

١ـ الطلاق لسبب مشروع:

وهو الطلاق الذي يقع بإرادة أحد الزوجين مع قيام السبب المبرر له لدى الزوج الآخر فقد أقر لكل من الزوجين أسباباً محددة تسمح له بالطلاق . أي الطلاق عند توفر واحد منها:

أ ـ للزوج أن يطلق زوجته لأحد الأسباب الآتية:

١ـ اذا ذهبت دون اذنه الى الحمام العمومي.

٢ـ اذا تناولت طعامًا في محل عام.

٣ـ اذا ذهبت الى الملعب برفقة شخص غير محرم.

٤ـ اذا زنت.

٥ـ اذا زاولت مهنة على الرغم من معارضة الزوج.

٦ـ اذا اعتدت على حياة زوجها.

ب ـ وللزوجة أن تطلق زوجها في احدى الحالات التالية:

١ـ اذا اشترك في مؤامرة ضد سلامة الدولة.

٢ـ اذا عاشر إمرأة اجنبية في منزل الزوجية.

٣ـ اذا اعتدى على حياة زوجته.

٤ـ اذا هجر منزل الزوجية.

واذا تم الطلاق من الزوج أو الزوجة لسبب من الأسباب المذكورة يترتب عليه تعرض مـن ارتكب الخطأ المبرر للطلاق لعقاب حده الأدنى فقدانه لحقه المالي الذي يترتب على الطلاق لو لم يكن الخطأ منه. فالزوجة تفقد حقها في استرداد الدوطة وكذلك تحرم من هدايا الزواج.

بالاضافة الى أن الزوجة الزانية والتي طلقت لارتكابها هذه الجريمة يحكم عليهـا بالسـجن المؤبد في الدير الأمر الذي يترتب عليه حرمانها من الزواج مرة أخرى[1].

---

[1] ينظر مبادئ القانون الروماني المرجع السابق ص٢٥٠. الدكتور الشرقاوي المرجع السابق ص٣٢٩.

أمّا الزوج الذي طلقته زوجته لسبب موجود فيه من الأسباب المبررة فيحرم من الدوطة ومن هدايا الزواج.

٢ـ الطلاق بلا مبرر شرعي:

ومن الجدير بالذكر أن القيود المفروضة على ارادة الزوجين في الطـلاق سـواء أكانت في قانون جستنيان أم في القوانين السابقة لمخالفتها لا تؤدي الى عدم وقـوع الطـلاق وانما يقـع ولكنه يترتب عليه عقاب من أقدم عليه على الرغم من عدم وجود سبب شرعي يبرره عملا مباحاً:

أ ـ فالمرأة التي تطلق زوجها دون سبب تفقد حقها في استرداد الدوطة التي جلبتها معهـا من بيت والدها وتتحول ملكيتها كاملة الى الزوج اذا لم يكن لهما أولاد والا تنتقـل ملكية الرقبة اليهم وملكية المنفعة الى الزوج. وكذلك يترتب عليه حرمانها من جميع الهبات التي قدمت اليهما بمناسبة زواجهما. كما تفقـد بقيـة أموالهـا الـتي يـذهب ثلثها الى الدير الـذي يفـرض عليهـا أن تقـيم فيـه، ويـذهب الثلثـان الى فروعهـا وأصولها.

ب ـ أمّا اذا طلق الزوج زوجته دون سبب فانه يفقد حقه في الدوطـة، وتسـتردها الزوجـة كاملة كما يفقد حقه في الهبات المقدمة اليهما.

وكذلك يفقد جزء من أمواله يعادل ثلث هبات الزواج فيصبح حقاً خالصاً للزوجة أن لم يكن لهما الأولاد والا تنتقل ملكية الرقبة اليهم وحق الانتفاع للزوجة.

وفي حالة عدم وجود الدوطة والهبات يكون للزوجة ربع ذمة زوجها بـدلا منهـا بمقتضـى قانون جوستنيان رقم (١١٧)[1].

وبهذه العقوبات تمكن جوستنيان أن يضع حظراً شديداً على الطلاق من جانب واحد دون السبب.

---

[1] ينظر الزواج والطلاق في جميع الاديان المرجع السابق ص٦٢١.
بوتييه فقرة (٢٢١) نقلا عن الدكتور الشرقاوي المرجع السابق ص٢٢٩ هامش (٢).
الدكتور عبد المنعم البدر والدكتور البدراوي المرجع السابق ص٢٦٥.
القانون الروماني للدكتور عمر ممدوح المرجع السابق ص٢٠٥.

٣ـ الطلاق المباح:

وهو الطلاق الذي يبرره سبب مشروع موجود في الطرف الآخر دون تقصير أو خطأ منه.
وقد حصر قانون جوستنيان رقم(١١٧) هذه المبررات في الأمور الآتية:

١ ـ نذر العفة (دخول الرهبنة) فاذا اختار ذلك أحد الزوجين لا يعتبر تقصيراً ولا خطأ ولكنه يبرر للطرف الآخر أن يطلّقه ولا يترتب عليه أيّ عقاب.

٢ـ جنون أحد الزوجين يبرر للآخر أن يطلقه.

٣ـ اذا أسر أحد الزوجين ولم يعرف مصيره من الحياة أو المماة يجوز للطرف الآخر أن يطلّقه اذا مضت مدة يكون الظن الغالب عدم بقائه على قيد الحياة.

٤ـ العجز الجنسي: اذا أصيب أحدهما بالعجز الجنسي فللآخر أن يطلقه.

٥ـ عقم أحد الزوجين اذا كان أحدهما عقيماً فللآخر حق الطلاق[١].

فالطلاق في جميع هذه الحالات مباح لكل من الزوج والزوجة ولا يترتب عليه أي عقاب أو لوم لانه كان بسبب مشروع ولم يكن لمن قام به السبب أي تقصير أو خطأ فيه.

٤ـ الطلاق باتفاق الزوجين:

يبدو أن هذا النوع من الطلاق كان جائزاً في جميع عصور الرومان وهو لا يتطلب شكلا خاصاً ولا قيام خطأ من أحدهما ولكنه يستلزم توفر بعض الشروط منها:

أ ـ أن الطرف الذي يبدي رغبته في الطلاق باتفاق الطرفين يجب عليه أن يصرّح بذلك أمّام سبعة شهود رومانيين وطنيين بالغين.

ب ـ يبعث الطرف الراغب برجل الى الزوج الآخر ليبلغه بذلك لحصول الموافقة منه.

وهذان الشرطان الشكليان استحدثهما قانون جوستنيان[٢].

الاستنتاج:

نستنتج من هذه الدراسة المختصرة لأحكام الطلاق عند الرومان من زاوية (مدى سلطان الارادة في الطلاق) النتائج التالية:

١ـ أن للأخلاق الذاتية والشعور الذاتي بالمسؤولية أمّام الله وأمّا الرأي العام دوراً كبيراً

---

[١] الشرقاوي المرجع السابق ص٢٢٩. المرأة عند الرومان ص٢٢٨. الزواج والطلاق في جميع الاديان ص٦٢٠.

[٢] حقوق الرومان المرجع السابق ص٨٨.

في تقليل حوادث الطلاق كما في العصر القديم الروماني حيث مضى على حياة هـذا الشعب خمسمائة سنة دون أن يقع حادث واحد للطلاق.

٢ـ أن للجشع المادي، والتفاوت الطبقي، والمنافسة السياسية والسماح بالحرية أكثـر ممـا ينبغي، والفهم الخاطئ في تحديد هدف الزواج، دوراً كبيراً في كثـرة حـوادث الطـلاق، وتخريب البيوت، وتحطيم النسـاء، وتشريد الأطفال، وبالتـالي أنتشـار الفسـاد ودمـار المجتمع كما حدث ذلك في العصر الكلاسيكي من حياة الرومان.

٣ـ أن منح الزوجة حق التطليق (أو طلب التفريق القضائي) أكثر مما ينبغـي يـؤدي الى كثرة حوادث الطلاق.

٤ـ أن للوعي الديني، وللتنظيم القانوني للزواج والطلاق تنظيمـاً معقـولا عـادلا غـير منحاز لا الى المرأة ولا الى الرجل، مع فرض عقوبات بدنية ومالية على كل من يلجأ الى استخدام سلاح الطلاق ضد الطـرف الآخـر في شـركة الحيـاة الزوجيـة دون سـبب مشروع، تأثيراً كبيراً في وضع حد للفوضى التي تسود حياة بعـض العوائـل في العـالم العربي والاسلامي.

كما ثبت نجاح هذه التجربة في عصر الامبراطورية السفلى من عصور الرومان.

ان المشهد المؤلم والمظهر المخزي في المحاكم الشرعية في كل قطر مـن الأقطـار الاسـلامية والعربيـة، لخير شاهد على مدى اهمال تنظيم حياة الأسرة، وتـرك الـزوجين يتصـرفان حسـب مشيئتهما تحت شعار (حرية الارادة في الطلاق).



الفصل الخامس
الطلاق عند العرب قبل الاسلام

كان للزواج ولطرق انحلاله أنـواع كـثيرة لـذا نوزع محتويات هذا الفصـل على مبحثين:
يتضمن الأول أنواع الزواج،
ويتناول الثاني طرق أنقضائه.

المبحث الأول

الزواج وانواعه عند العرب قبل الاسلام

عرف العرب قبل الاسلام أنواعاً كثيرة من الزواج وهي تتأرجح بين ما يدل على فطرية قريبة من الاباحية، وبين ما يشبه الزواج المعروف حالياً.

وكان من أهم مقاصد الزواج لديهم ـ كما في أيّ مجتمع آخر ـ هو التناسل والتوالد، بالاضافة الى أنهم كانوا يستهدفون من وراء رباط المصاهرة تقوية العلاقات القبلية عندما تكون الزوجة من غير القبيلة.

ولكن قلل من أهمية هذا الهدف العادة الشائعة القاضية بان بنت العم لا يتزوجها الا ابن العم، وان الثاني ليس له الخيار في الزواج من غيرها.

وسادت هذه العادة بحيث أصبحت بنت العم في القبيلة مرادفة لزوجة ابن العم. وكان هذا الزواج مدعاة للافتخار والاعتزاز، وخلافه كان مثيراً للاستهجان والاستغراب[1]. ولا يزال تأثير هذه الظاهرة الاجتماعية التقليدية باقياً لدى بعض القبائل والعشائر.

شروط الزواج:

كان من شروط بعض أنواع الزواج تحقق الرضا وتوفر المهر.

أ ـ الرضا:

المعتبر عند كثير من القبائل هو رضا الزوج والولي من الأب، أو الأخ، أو الجد، أو العم، أو الأقرب فالأقرب من العصبات. وكان للولي الحق في اجبار موليته على الزواج.

غير أن بعض القبائل الأخرى كانت تشترط مع رضاء الولي والزوج موافقة الزوجة فلا يصح الزواج ما لم يقترن برضائها.

---

[1] ينظر الألوسي (محمود شكري): بلوغ الأرب في معرفة احوال العرب ط/٢ القاهرة ١٣٤٧هـ، ٢/٣، ٣٢، ١٧٤/٣.

ب ـ المهر:

هو مقدار من المال يدفعه الزوج لولي الزوجة. وكل زواج خـال مـن المهـر كـان مـدعاة للسخرية، وللعار على الزوجة وقبيلتها.

وفي بعض الأحيان يقسم الى قسمين (مؤجل ومعجل) يبقى المؤجل دينـاً في ذمـة الـزوج يسدد من تركته بعد وفاته، كما هو معروف في الوقت الحاضر في بعض الأقطار كالعراق.

ولم يكن في عرف العرب مقدار محدد للمهر، وانما يتحدد كمّاً وكيفـاً باتفـاق الطـرفين في ضوء المكنة المالية والمركز الاجتماعي لكل من الزوجين. وأحياناً يصـل الى (١٥٠) ناقـة أي ما يعادل دية (تعويض) القتل، أو أكثر منها[1]. والمهر قليـلا كـان أو كـثيراً يعتـبر ملكـاً للولي دون الزوجة.

وبعد أن جاء الاسلام أبطل هذه العادة وقرر أنه ملك الزوجة، لا يحل لغيرها الا بطيب من نفسها، فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً﴾.[2]

محرمات الزواج:

كان عرف العرب يقضي بتحريم تزوج الأمهات والبنات والأخوات والخالات والعمات، كما حرّم على المرأة التزوج من أصولها، أو فروعها، أو إخوتها، أو أعمامها[3].

شكلية الزواج:

لم يكن الزواج عند العرب أي لون من الوان الشكلية، بل كان عقداً رضائياً يتم برضـاء الزوج وولي الزوجة وتحديد المهر. لكن كان من عاداتهم اقامة وليمتين (وليمة الخطبة، ووليمة العرس).

---

[1] الميداني (ابو الفضل احمد بن محمد النيسابوري) مجمع الأمثال طبعة القاهرة ١٣٤٢هـ ١٠٢/٢.

المحمصاني (الدكتور صبحي المحمصاني): الأوضاع التشريعية في الدول العربية ماضيها وحاضرها ط/٣ بيروت ١٩٦٥م ص٦٠.

[2] سورة النساء: ٤.

[3] المحمصاني المرجع السابق ص٦٠.

تعدد الزوجات:

كان تعدد الزوجات عرفاً شائعاً سائداً لدى العرب قبل الاسلام فلكل متمكن الحق في أن يتزوج ما يشاء من النساء دون أن يكون مسؤولا أمام شريعة أو قانون أو عرف.

ويعود سر ذلك الى أسباب عدة أهمها قلة نسبة الرجال بسبب الحروب والغزوات المتواصلة بين القبائل.

ولما جاء الاسلام حدد الحد الأقصى بأربع عند ارادة الزواج بأكثر من واحدة لعذر مشروع مع التأكد من تحقيق العدالة، والا فيجب الاقتصار على واحدة. فقد قال سبحانه وتعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾[1].

يقول قيس بن الحارث: أسلمتُ وتحتي ثماني نسوة فأتيت بالنبي ﷺ، فقلت له ذلك. فقال: ((اخْتَرْ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا))[2] وغيلان بن سلمة، أسلم وله عشر نسوة أسلمن معه فأمره الرسول ﷺ أن يختار منهن اربعاً[3].

والاسلام اعترف بصحة زواج كل من أسلم ولم يأمره باعادة عقد الزواج بعد اسلامه.

وكان الجمع بين الأختين جائزاً عند العرب فحرمه الاسلام بقوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾[4]. فهذه الجملة معطوفة على قوله تعالى: (أمهاتكم) أي حُرِّمَ عليكم أن تجمعوا بين الأختين.

---

[1] (وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا) (النساء:٣)

[2] (عَنْ قَيْسِ بْنِ الْحَارِثِ قَالَ أَسْلَمْتُ وَعِنْدِي ثَمَانِي نِسْوَةٍ فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقُلْتُ ذَلِكَ لَهُ فَقَالَ اخْتَرْ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا) {ابن ماجه ١٩٤٢}.

[3] لمزيد من التفصيل ينظر ابن قدامة (عبدالله بن محمد بن قدامة المقدسي) (ت ـ ٦٢٠هـ): المغني. مطبعة عاطف ٦٢٠/٦، ٦٢١.

[4] (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالاتُكُمْ وَبَنَاتُ الأَخِ وَبَنَاتُ الأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُوراً رَحِيماً)(النساء:٢٣).

انواع الزواج:

كان للعرب قبل الاسلام أنواع متعددة من الزواج منها:

أ ـ الزواج المتعارف في الوقت الحاضر:

يتم الزواج برضـا، الولي والزوجين ودفع المهر. ومن نماذج هذا النوع ما نقلـه أبـو الفـرج الأصبهاني[1] من أن محمد بن البشير الخارجي له زوجتان وعدتاه أن تلتقيـا معـه في موضـع ساق غنمه اليه، وتأخرتا عن موعدهما، فأخـذ يصـعد في الجبـل وينـزل ويتبصـرهما فـلا يراهما، فبينما هو كذلك اذ أبصر امرأتين قد نزلتا. فقال: أنزل فأتحدث اليهمـا، فـاذا هـو بامرأة مسنة ومعها بنت لها شابة فأعجبته، فقال: أتزوجيني ابنتك هذه؟ قالـت: اذا كنـت كفوءاً. فانتسب لها (عدَّ نسبه). فقالت: أعرف النسب ولا أعرف الوجه ولكن يأتي أبوها.

فجاء أبوها فعرفه، فأخبرته امرأته بما طلب، فقال: نعم، وزوجه اياها فساق اليهـا قطعـة من غنمه (أي دفعها مهراً)، وبنى بها، ثم التقى بزوجتيه.

فهذه الواقعة في تلك البادية تدل على صورة بسيطة من زواج تم بمجـرد رضـا، الطـرفين ودفع المهر بدون شاهد، أو كاهن، أو قاض، أو خطبة، أو وليمة، أو غير ذلك مـن الاجـراءات المعقدة الموجودة في الوقت الحاضر.

وقد أقر الاسلام هذا النوع البسيط من الزواج، لكن أضاف اليه شرط حضـور شـاهدين حذراً من النتائج السلبية.

ب ـ زواج المقت:

وهو زواج المرأة بعد وفاة زوجها من قبل أحد أبنائه (الذي ليس منها)، أو ورثهـا علـى الرغم من ارادتها. ومن هذه الناحية كانت الزوجة تعتبر بمثابة جزء من التركة، فلم يكن لهـا الحق في الزواج من غير الورثة. فاذا مـات الـزوج كـان لأكـبر أبنائـه مـن زوجـة أخـرى أن يتزوجها، وذلك بطرح ثوبه عليها.

فاذا لم يرغب هو في زواجها أنتقل حقه الى اخوته أو سائر العصبات. وقد أبطـل الاسـلام هذه العادة فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَـلَفَ

[1] علي بن الحسين الاصبهاني (ت ـ٣٥٦هـ): كتاب الأغاني مصور عن طبعة دار الكتب ١٠٨/١٥.

انهُ كَان فَاحِشَةً وَمَقْتاً وَسَاءَ سَبِيلاً﴾[١].

وقال: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا يَحِلُّ لَكُمْ ان تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهاً﴾.[٢]

ج - زواج الغنيمة:

فالمقاتل في الحرب يسبـي إمرأة يتزوجها بلا مهر وبلا رضـائها ورضـاء وليّهـا، لان السبـي من أسباب الاسترقاق، والرقيق عبداً كان أو جارية ملك السيد، وكانت هذه الملكية تعتبر نوعاً من الزواج تبيح له معاشرتها.

وقد عُمِل بهذه العادة فترة زمنية في الصدر الأول، ثم وضع الاسلام أسساً وطرقـاً كـثيرة لانهاء نظام الرق البغيض، ونزلت آيات كثيرة يدل ظاهرها علـى تحـريم اسـتعباد الانسـان لأخيه الانسان أيًا كان السبب منها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ انا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَانثى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوباً وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ان اكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ اتْقَاكُمْ﴾[٣].

د - زواج المتعة:

وهو زواج مؤقت لمدة محددة يشترط فيه المهر ورضاء الزوجة فقط وبيـان الأجـل فينتهـي بانتهاء الأجل حسب اتفاق الطرفين. وهذا النوع لا يثبت به الميراث اذا توفى أحـدهما خـلال المدة ما لم يشترط ذلك في العقد، لكن يثبت به النسب وتجب به العدة.

واقره النبـي ﷺ في صدر الاسلام في حالات الضرورة ثم نسخه وأبطله على رأي جمهـور فقهاء المسلمين. لكن يرى البعض (كالأمامية) أنه لا يزال باقيا اذ لم يتأكد في نظرهم نسخه والغاؤه بدليل ثابت[٤].

---

[١] سورة النساء: ٢٢.

[٢] ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا يَحِلُّ لَكُمْ أن تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهاً وَلا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَن تَكْرَهُوا شَيْئاً وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْراً كَثِيراً﴾(النساء:١٩).

يقول القرطبي (٩٤/٥): اذا مات الرجل كان أولياؤه أحق بامرأته أن شاء بعضهم تزوجها، وان شاءوا زوجوها، وان شاءوا لم يزوجوها.

[٣] ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ انا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَانثى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوباً وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ان اكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ اتْقَاكُمْ ان اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾(الحجرات:١٣).

[٤] ينظر جعفر بن الحسن الحلي: المختصر النافع في فقه الأمامية طبعة ١٣٨٣هـ ص٢٠٧ وما بعدها. العيني شرح البخاري المرجع السابق ١١١/٢٠.

هـ - زواج الشغار:

وهو أن يزوج ابنته أو أخته لآخر على أن يزوجه هو ابنته أو أخته مثلا وليس بينهما صداق وتكون كل واحدة منهما مهراً للأخرى[1]. وقد أبطله الاسلام لما يترتب على ذلك من مشاكل عائلية واجتماعية، ولان المهر يجب أن يكون قابلا للتعامل فلا يصح أن تكون كل واحدة مهراً للأخرى.

آثار الزواج:

من أهم آثار الزواج عند العرب قبل الاسلام بعد التمتع وترتب الحقوق المتبادلة للزوجين هو أن الزوجة كانت تنقطع علاقتها بأهلها بمجرد الزواج وتنتقل من قبيلتها الى قبيلة زوجها. وهذا يشبه الى حد كبير بالزواج مع السيادة لدى الرومان كما سبق. الا أن الاسلام أبطل هذا الأثر وأمر بصلة الرحم وباستمرارية علاقة الزوجة مع أهلها وأقاربها.

---

[1] العيني المرجع السابق ١٠٨/٢٠. سبل السلام ١٥٩/٣.

المبحث الثاني

طرق انقضاء الزواج عند العرب قبل الاسلام

كان الزواج عندهم ينتهي ـ بالاضافة الى الموت ـ بالطرق التالية:
(الطلاق، والخلع، والايلاء، والظهار، والسبـي، وانقضاء الأجل).

اولا . الطلاق:

الطلاق من المصطلحات العربية القديمة وهو عبارة عن أنهاء العلاقـة الزوجيـة بـالارادة المنفردة.

ولم أجد حسب ما اطلعت عليه صورة للطلاق المقيد لدى العرب قبل الاسلام، فكـل مـن يملك الطلاق من الزوج ـ وهو الغالب ـ أو الزوجة كان يتمتع بحرية تامـة في ممارسـة سـلطة التطليق ولو لأتفه الأسباب. وكذلك لا نجد شكلية خاصة للطلاق، فهو لم يكـن خاضـعاً لأي اجراء شكلي، كما لم تكن له صيغة خاصة من الصيغ المعروفة في الوقت الحاضر، بـل كانـت هناك صيغ كثيرة بدائية متداولة منها قول الزوج (الحقي بأهلك) أو (حبلك علـى غاربـك) أو (إذهبـي فلا أنده كريك)[1]. أو (اخترت الظباء على البقر) أو (فاذهبـي حيث شئت) أو (انت خلية) أو (انت برية)[2] وهكذا في التعابير الأخرى التي لا تليـق بمركـز المـرأة كـأم في المجتمع.

ومن الغريب أن بعضاً من الفقهاء[3] أقروا صحة الطـلاق بهـذه الجمـل واعتبروهـا مـن الكنايات التي يقع بها الطلاق اذا اقترنت بالنية، مع أن مـا ورد في القـرآن الكـريم هـو الطلاق، والفراق، والسراح، ومشتقاتها.

---

(١) النده: الزجر.

(٢) ينظر الميداني المرجع السابق ١/١٧٩، ٢٥٣، ٤٠٨. المحمصاني المرجع السابق ص٦٦.

(٣) ينظر شرح فتح القدير في الفقه الحنفي ٤/٦٣ وما بعدها.

عدد الطلاق:

بعض القبائل العربية كانت تعرف تحديد الطلاق بثلاث مرات، ولعلها تعرفت على ذلك عن طريق شريعة سيدنا اسماعيل عليه السلام[1].

وكان الرجل يملك ثلاث طلقات متفرقات في ثلاث مرات ولم تعرف عنهم عادة الجمع مرة واحدة (مثل أنت طالق ثلاثاً). ولكن كان للزوج أن يستوفيها في مجلس واحد بثلاث دفعات، وقد فعل ذلك الأعشى[2] حين تزوج إمرأة فرغب بها قومها عنه فهددوه بالايذاء، أن لم يطلقها.

فقال ـ وهو يخاطب زوجته حين تطليقها ـ:

أيـا جارتي بيني فـانك طالقة　　　كذاك أمـور النـاس غاد وطارقة

فقالوا: ثنه. فقال:

وبيني فان البين خير من العصـا　　　وألا ترين لي فوق رأسك بارقة[3]

فقالوا: ثلث. فقال:

وبيني حصـان الفرج غير ذميمة　　　وموموقة[4] فينا كذاك ووامقة[5]

وذوقي فتى قـــوم فاني ذائق　　　فتاة أنـاس مثل ما أنت ذائقة

وتدل هذه الصورة من التطليق على أن طلاق المكره عند العرب قبل الاسلام كان يقع.

وبالاضافة الى ذلك فان بعض القبائل العربية لم تعرف حداً لعـدد الطلقـات، بـل الـزوج يطلق زوجته ويتركها حتى يقرب أنقضاء عدتها فيراجعها نكاية بها. قالت عائشة رضـي الله عنها: ﴿كَانَ النَّاسُ وَالرَّجُلُ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ مَا شَاءَ أن يُطَلِّقَهَا وَهِـيَ امْرَأَتُهُ إذا ارْتَجَعَهَا وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ وَإن طَلَّقَهَا مِائَةَ مَرَّةٍ أو أكْثَرَ...﴾[6]

---

[1] ينظر بلوغ الأرب المرجع السابق ٢/٤٩.

[2] ينظر ابن حبيب (أبو جعفر محمد بن حبيب البغدادي): المحبر مطبعة حيدر أباد الدكن الهند ١٣٦١هـ ص٣٠٩.

[3] في بعض المصادر ولا تزال فوق رأسك بارقة.

[4] أي محبوبة.

[5] وفي بعض المصادر: وموموقة كنت فينا ووامقة.

[6] (كَانَ النَّاسُ وَالرَّجُلُ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ مَا شَاءَ أن يُطَلِّقَهَا وَهِيَ امْرَأَتُهُ إذا ارْتَجَعَهَا وَهِـيَ فِـي الْعِدَّةِ وَإن طَلَّقَهَا مِائَةَ مَرَّةٍ أو أكْثَرَ حَتَّى قَالَ رَجُلٌ لامْرَأتِه وَاللهِ لا أُطَلِّقُك فَتَبِينِي مِنِّـي وَلا آوِيكِ أبَدًا قَالَتْ وَكَيْفَ ذَاكَ قَالَ أُطَلِّقُك فَكُلَّمَا هَمَّتْ عِدَّتُك أن تَنْقَضِيَ رَاجَعْتُك فَذَهَبَتْ الْمَرْأَةُ حَتَّى دَخَلَتْ

وجاء الاسلام فأقر ثلاث طلقات في ثلاث مرات ومنع الزوج من ارجاع زوجته أكثر مـن مرتين فقال سبحانه وتعالى: : ﴿الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[1].

وفي المرة الثالثة قال سبحانه وتعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾[2].

وبذلك حدد الاسلام الطلاق الذي تجوز فيه العودة بمرتين، يراجع كل منهما نفسه في كـل مرة، ويختبر شعوره تجاه صاحبه، فان عاد الرجل فطلق للمرة الثالثة تنفصم الزوجية انفصامًا تامًا لا سبيل له عليها الا بعد أن تتزوج زواجاً طبيعياً شرعياً، ثـم ينقضـي ذلـك الـزواج بالموت أو الطلاق وتنتهي العدة، فعندئذ اذا رغبا في العودة الى سابق عهـدهما فـلا جنـاح عليهما أن ظنا أن يستقيم أمرهما كما أمر الله. وقد استحدثت بعض القبائل العربيـة[3] حيلة لاعادة االزوجة بعد الطلقات الثلاث فأباحوا للزوج الذي طلق زوجته ثـلاث مـرات أن يردها اليه بعد أن تتزوج من رجل آخر على أن يطلقها بعد معاشرتها.

ومع ذلك كان حلاً مذموماً عندهم ولم يكن كثيراً[4].

ولما جاء الاسلام أنكر هذه الحيلة المذمومـة ولعـن علـى لسـان رسـوله ﷺ الـزوج الأول المحلل له والزوج الجديد المحلل له.

على عائشة فأخبرتها فسكتت عائشة حتى جاء النبي ﷺ فأخبرته فسكت النبـي ﷺ حتى نزل القرآن الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان قالت عائشة فاستأنف النـاس الطلاق مستقبلا من كان طلق ومن لم يكن طلق) رواه الترمذي ١١١٣. والبيهقي في السنن الكبرى ٣٢٣/٧ والحاكم في المستدرك ٢٧٩/٢.

[1] (الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ)(البقرة:٢٢٩).

أي ارتجاعها قبل أن تنقضـي عدتها أو تطليقها. وقولـه تعالى (أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ) يعني الطلقة الثالثة. ينظر في تفصيل هذا الموضوع تفسير القرطبي ١٣٢/٣.

[2] (فَإِن طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ فَإِن طَلَّقَهَا فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ)(البقرة:٢٣٠).

[3] التي كانت تؤمن بديانة سيدنا اسماعيل عليه السلام التي حددت عدد الطلقات بثلاثة.

[4] ينظر الدكتور احمد الغندور: الطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون ص٢٦.

قال ابن مسعود ﷺ: لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له. وسمي الزوج المؤقت بالتيس المستعار، فقال: ((ألا أُخْبِرُكُمْ بِالتَّيْسِ الْمُسْتَعَارِ؟ قَالُوا: بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ. قَالَ: هُوَ الْمُحَلِّلُ لَعَنَ اللَّهُ الْمُحَلِّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ)) [1].

يقول الصنعاني [2]: (والحديث دليل على تحريم التحليل لانه لا يكون اللعن الا على فاعل المحرم، وكل محرم منهي عنه، والمنهي عنه يقتضي فساد العقد).

وسيأتي تفصيل ذلك في محله باذن الله.

ثانيا . الخلع:

الطريقة الثانية لانهاء العلاقة الزوجية لدى العرب هي الخلع، وهـو عبـارة عـن اتفـاق يتفق عليه الزوجان مقابل التزام الزوجة بدفع عوض للزوج أو تنـازل عـن حـق لهـا عليـه، وذلك مقابل تطليقها، ورجوع الزوجة الى حريتها السابقة قبل الزواج.

يقول أبو بكر بن دريد في أماليه [3]: زعم العلماء أن أول خلع في العرب هـو: أن عـامر بن الظرب زوّج ابنته من ابن أخيه عامر بن الحارث فلما دخلت عليه نفرت منه فشكى الى أبيها، فقال له الأب: لا أجمع عليك فراق أهلك ومالك وقد خلعتها منك بما أعطيتها.

وبعد أن جاء الاسلام نظم الخلع وهذّبه عن شائبة البيع والشراء. فقـال سـبحانه وتعـالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [4]. وسيأتي تفصيل ذلـك في الباب الرابع باذن الله.

ثالثا . الايلاء:

وهو أن يحلف الزوج على ترك معاشرة زوجته مدة سنة أو سنتين، ثـم قـد ينتهـي ذلـك بانهاء العلاقة الزوجية. وكان الايلاء طلاقا عندهم [1]. ثم جاء الاسلام فحـدد الحـد الأقصـى

---

[1] ابن ماجه: ١٩٣٦.

[2] سبل السلام المرجع السابق.

[3] ينظر بلوغ الأرب المرجع السابق ٢٩/٢.

[4] ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾(البقرة:٢٢٩).

لمدة الايلاء بأربعة اشهر، وبعد ذلك يجب على الزوج امّا ان يعاشر زوجته وامّـا ان يطلّقهـا. فقال سبحانه وتعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[2].

وقال بعض الفقهاء من الصحابة كابن مسعود وزيد بن ثابت اذا انتهت المدة ولم يعاشرها يقع الطلاق تلقائياً. وسيأتي بيان ذلك مفصلا.

رابعا ـ الظهار:

هو أن يشبه الزوج زوجته بامرأة يحرم عليه زواجها حرمة مؤبدة[3] كأمه او اخته، وسمي ذلك ظهاراً، لانه يقول في صيغته (انت عليّ كظهر امي او اختي) او غيرهـا مـن النسـاء المحرمات تحريماً مؤبداً.

وكان هذا التشبيه يعني أنه لا يريد قربانها مرة أخرى[4]. وظـل الظهـار طلاقـا الى أن جاءت خولة بنت مالك بن ثعلبة زوجة أوس بن الصامت، الذي ظاهرها، الى رسـول الله ﷺ وَهِيَ تَشْتَكِي زَوْجَهَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَهِيَ تَقُولُ: ((يَا رَسُولَ اللَّهِ أَكَلَ شَـبَابِي وَنَثَـرْتُ لَـهُ بَطْنِي حَتَّى إِذَا كَبِرَتْ سِنِّي وَانْقَطَعَ وَلَدِي ظَاهَرَ مِنِّي اللَّهُمَّ إِنِّي أَشْكُو إِلَيْكَ، فَمَا بَرِحَتْ حَتَّى نَزَلَ جِبْرَائِيلُ بِهَذِهِ الآيَاتِ قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ))[5]

قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِـنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾[6]

فهذا النص قرر الأحكام الآتية:

١ـ ابطال ما كان عليه العرب قبل الاسلام من اعتبار الظهار طلاقاً.

---

[1] تفسير القرطبي ١٠٣/٣. الانوار في الفقه الشافعي ٢٩٠/٢.

[2] سورة البقرة: ٢٢٦.

[3] ينظر العيني على البخاري ٢٨٠/٢٠.

[4] ينظر مفاتيح الغيب للأمام فخر الرازي ٢٦٠/٢ وفيه (ان الظهار كان من اشد طلاق الجاهلية لانه في التحريم أوكد ما يمكن).

[5] ابن ماجه: ٢٠٥٣

[6] سورة المجادلة: ١ـ٤.

٢- على الزوج الذي يظاهر زوجته احدى العقوبات التالية:
أ - تحرير أنسان مستعبد. فان لم يجد:
ب - صيام شهرين متتابعين. فان لم يستطع:
ج - فاطعام ستين مسكيناً.

خامسا . السَبيْ:

كان سبي المرأة (أسرها) يقضي على كل ارتباط زوجي مع زوجها السابق كما أن تحررها ورجوعها الى أهلها كان ينهي زواجها اللاحق بالسّابي (الذي أسرها).

والسر في ذلك أن السبي (الأسر) كان سبباً من أسباب استعباد الأسير، فالمسبية تصبح ملكاً للسابي وهذه الملكية تنافي ولاية الزوج السابق، ولذا ينتهي زواجها من الأول بمجرد سبيها.

سادسا . انقضاء الزواج الموقت بانتهاء المدة:

لان الزواج المؤقت (المتعة) لا ينتهي بالطلاق وانما بانقضاء اجله المحدد وفق اتفاق الطرفين[1].

فهذا النوع من الزواج قد ألغي على رأي جمهور فقهاء المسلمين كما ذكرنا.

سابعا . تطليق الزوجة لزوجها:

اعتبر العرب الطلاق حقاً طبيعياً للرجل دون المرأة ولكنهم أقروا هذا الحق لها أيضاً اذا اشترطت لنفسها ذلك في صلب عقد زواجها، فعندئذ يكون أمرها بيدها متى شاءت تركت معاشرة زوجها وطلقته.

ومَنْحُ هذا الحق للزوجة كان من أسباب كثرة حوادث الطلاق أنذاك.

والزوجات اللاتي يشترطن هذا الشرط كنّ غالبا من ذوات المراكز الاجتماعية البارزة مثل سلمى الخزرجية وفاطمة الانمارية، ومارية بنت الجعيد، وعاتكة بنت مرة وأم خارجة التي

---

[1] ينظر السيد حسين يوسف مكي العاملي، المتعة في الاسلام ص٨٨.

عرفت واشتهرت بانها ذواقة[1] تطلق زوجاً جرّبته وتتزوج بآخر حتى تزوجت نيفاً وأربعين زوجاً[2].

وهذه الظاهرة كانت منتشرة لدى الرومان في العصر الكلاسيكي كما سبق بيان ذلك.

طريقة تطليق الزوجة لزوجها:

عند اقدام الزوجة العربية على طلاق زوجها لم تكـن لتسـتعمل الصـيغ المعروفـة لـدى الرجال للطلاق، وانما طريقتها كانت عملية فعلية بحته بعيدة عن استخدام الألفاظ: فان كـنَّ في بيت شعر حوّلن الخباء: أن كان بابه قبل المشرق حولنه قبل المغرب، وان كـان بابـه قبـل اليمن حولنه قبل الشمال، واذا رأى الرجل ذلك علم أنها قد طلقته فلم يأتها. ومتى طلقت زوجها تركت داره والحي الذي يسكنه لتعود الى أهلها والحي الذي تنتمي اليه[3].

---

[1] وهي صاحبة المثل (أسرع من زواج أم خارجة).

[2] احمد الغندور الطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون المرجع السابق ص٢٦.

[3] الألوسي: بلوغ الأرب المرجع السابق ٢/٣٠ وما بعدها.

البستاني: دائرة المعارف ١١/٣٢٦.

المحمصاني: الأوضاع التشريعية في الدول العربية ماضيها وحاضرها ص٦٥ وما بعدها.

الاصفهاني: الاغاني المرجع السابق ١٦/١٠٢ وما بعدها.

الدكتور جواد علي: تاريخ العرب قبل الاسلام ٥/٢٦٩، ٧٠، ٧١.



الباب الثاني

الطلاق في التعاليم الموسوية

١٢٠٠ق.م تقريبا

وهو يتضمن فصلين:

الفصل الأول : الطلاق في مذهب القرائيين

الفصل الثاني : الطلاق في مذهب الربانيين





حكم الطلاق عند اليهود:

جاء في سفر التثنية[١]: (اذا اتخذ رجل إمرأة وصار لها بعلا[٢] ثم لم تحظ عنده لعيب أنكره عليها[٣] فليكتب لها كتاب طلاق، ويدفعه الى يدها، ويصرفها من بيته، فاذا خرجت من بيته، ومضت وصارت لرجل آخر، فأبغضها الرجل الأخر وكتب لها كتاب طلاق فدفعه الى يدها وصرفها من بيته أو مات الرجل الآخر الذي اتخذها له زوجة، فليس لبعلها الأول الذي طلقها أن يعود ويأخذها لتكون له زوجة بعدما قد تدنست).

وجاء في نبوءة ملاخي[٤]: (احرزوا لروحكم ولا يغدر أحد بامرأة شابة لانه يكره الطلاق).

وورد في سفر الأحبار[٥]: (بامرأة فاجرة أو مبذولة لا يتزوجوا، وبامرأة مطلقة لا يتزوجوا لانهم مقدسون لآلهتهم).

وفي سفر الأحبار أيضاً[٦]: (وأمّا الأرملة، والمطلقة، أو المبذولة، أو الفاجرة فتلك لا يتخذها).

وقال فقهاؤهم[٧]: (لا يليق بالرجل أن يطلّق أول زوجة له بغير مقتض).

وقالوا أيضاً[٨]: (لا يجوز الطلاق في أيام السبت، والأعياد الدينية والجمعة مطلقا، وفي الليل الا لضرورة). وكانوا في السابق يشترطون لصحة الطلاق: تثبيت تاريخ الخراب الثاني لبيت المقدس في وثيقة الطلاق كناية عن تقريب الطلاق لكيان الأسرة[٩].

ويؤخذ مما ذكرنا أن الطلاق في تعاليم اليهود وان كان مشروعاً الا أنه مبغوض اذا لم يكن لحاجة، وان المرأة المطلقة أقل منزلة من غيرها.

الا أنهم أنقسموا الى مدرستين:

مدرسة شما: التي ترى أن الزوج طبقاً لكتاب التعاليم التقليدية عند اليهود ليس له أن

---

(١) الاصحاح (٢٤) العدد (١-٤).
(٢) وفي نسخة: وتزوج بها.
(٣) وفي نسخة: فان لم تجد نعمة (حظوة) في عينيه لانه وجد فيها عيبا.
(٤) الاصحاح (٢) العدد (١٥، ١٦).
(٥) الاصحاح (٢١) العدد (٧).
(٦) الاصحاح (٢١) العدد (١٤).
(٧) ينظر المادة (٣٢٨) من كتاب ابن شمعون.
(٨) ينظر المادتان (٣٢٤، ٣٢٥) المرجع السابق.
(٩) الباهو بشيامي، شعار الخضر في الاحكام الشرعية الاسرائيلية للقرائين ترجمة مراد فرج ص١٣٤.

يطلق زوجته ما لم تقترف خطيئة الفسق.

ومدرسة هليل. وهي تؤيد الفكرة القائلة بان الزوج يستطيع أن يطلق زوجتـه ولـو لأتفـه الأسباب[١].

ويمثل هاتين المدرستين في تضييق نطاق الطلاق وتوسيعه مذهبان هما مـذهب القـرائيين ومذهب الربانيين. فالأول يأخذ بفكرة الطلاق المقيّد ولا يبّـرره الا لأسـباب محـددة، والثـاني يبيح الطلاق ولو لم يكن الموجب قائماً.

المذهبان اليهوديان (القراؤون والربانيون):

منذ القرن الثامن الميلادي أنشق فقهاء اليهود على أنفسهم الى القـرائيين والربـانيين[٢] ومنشأ خلافهم هو أن القرائيين لا يعترفون بوجود مصدر سماوي للأحكـام الشـرعية سـوى التوراة، في حين أن الربانيين يعتبرون التلمود[٣] مصـدراً ثانيـاً وتـوراة ثانيـة، ولا فـرق بـين التوراتين الا بسبق التـدوين. فـالتلمود لم يـدون في حينـه كـالتوراة، بـل تناقلتـه الأجيـال مشـافهة، ودوّن أخيراً خوفاً من النسيان والتحريف، ويرى القـراؤون أن التلمـود مـن وضـع الفقهاء الاسرائيليين. وينبني على هذا الخلاف اختلافهم في جواز الاجتهاد، فأخـذ الربـانيون جانب الجمود بحجة أن ما ورد في التوراة والتلمود يحيط بكافة المسائل وجميع الأحكام الجزئية.

وبعكسهم أعطى القراؤون لانفسهم حق الاجتهاد، واستنباط الأحكام من قواعـد التـوراة الكلية حسب الأزمنة والأمكنة.

وترتب على هذا الخلاف أيضاً اختلافهم في مسـائل فقهية كثيرة منها مسألة الطلاق، لذا من الضروري المراد بيان أحكام الطلاق عند كل مذهب في فصل خاص[٤].

---

[١] ينظر ادوارد وسترمارك قصة الزواج المرجع السابق ص٢٠٧.

[٢] راجع قصة الزواج المرجع السابق ص٢٠٧.
القراؤون والربانيون ص٤٢ وما بعدها. الموسوعة العربية الميسرة ص١٣٧٤.
شعار الخضر مراد فرح ص١ وما بعدها. الاحوال الشخصية الدكتور احمد سلامة ص٧٥ وما بعدها.

[٣] جمع التلمود ٢٨٠م -٥٠٠م. راجع قصة الحضارة ١١/١٤ وما بعدها.

[٤] وجه التسمية بالقرائين لانهم يقتصرون على القراء(التوراة). والرابنون أو الربانيون أو الربيون أو روبانيم بالعبرية جمع ربان أي الأمّام الفقيه. وورد في القرآن الكريم: (انا أنزَلْنا التَّوْرَاةَ فِيهَا هُدىً وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النبيونَ الَّذِينَ أسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا وَالرَّبَّانِيُّونَ وَالأَحْبَارُ(المائدة:٤٤). وفي تفسير القرطبي(١٨٩/٦):(الربانيون هم الذين يسوسون الناس بالعلم ويربونهم بصغاره قبل كباره). وقال أبو رزين: الربانيون: العلماء والحكماء والأحبار.

الفصل الأول
الطلاق في مذهب القرائين
شروطه وأسبابه الالزامية

ويوزع عنوان هذا الفصل على مبحثين:
الأول : شروط الطلاق
والثاني : أسباب الطلاق الإلزامية .

المبحث الأول

شروط الطلاق

لا يصح الطلاق عندهم الا بتوافر شروط أربعة:

الشرط الأول: الصيغة[1]:

يعتبر في صيغة التعبير عن الطلاق أن تكون باتة مطلقة مفرغة في وثيقة مكتوبة بالعبرية لفظاً ورسماً خاصة بزوجة واحدة وافية بالغرض خالية من الابهام والالتباس، مقترنة بكتابة الوثيقة أمّام من لا يقل عن شاهدين من أهل الملة. ولا تكون كتابتها في الأيام التي لا يجوز فيها العمل كأيام السبت والأعياد الدينية ويوم الجمعة، ولا في الليل الا لضرورة.

الشرط الثاني: المسوّغ[2]:

لا يصح الطلاق عندهم الا لمسوغ تقره السلطة الدينية عملا بما جاء في التوراة (اذا أخذ رجل إمرأة فان لم تجد نعمة ـ حظوة ـ في عينيه لانه وجد فيها عيبا كتب لها كتاب الطلاق ودفعه الى يدها واطلقها في بيته).

فهذا النص يدل على أن مسوغ الطلاق هو عدم الحظوة بشرط وجود العيب عند القرائين.

العيوب:

١ـ منها ما كان في النفس وماساً بالدين وهو:

أ ـ أمّا قاصر على الزوجة كابتذالها في الأيام المقدسة أو أكلها الحرام أو النجس.

---

[1] يراجع المقارنات والمقابلات حافظ صبري ص٤٠٩، شعار الخضر المرجع السابق ص١٣٢. وما بعدها.

[2] يراجع سفر التثنية الاصحاح (٢٤) العدد (١). شعار الخضر ص١٢٦ وما بعدها. المقارنات والمقابلات المرجع السابق ص٤٠٦ وما بعدها.

ب ـ أو يتعدى الى غيرها كاخفائها حيضها علـى زوجهـا أو اطعامهـا الشـيء الحـرام والنجس.

٢ـ ومنها ما كان في الخَلق أو الخُلق وهو:

أ ـ إمّا في المنظر: حيّن يتحمل كالجدري أو غير حيّن كـالعمى والصـم والخـرس وكـل عاهة لا يرجى شفاؤها ولا يطاق تحملها.

ب ـ أو سوء المعاملة: لكثرة النزاع وشدة المعاندة والوقاحة.

ج ـ أو اتيان ما يمس الشرف كالابتذال في الطرق والأسواق دون رضـاء زوجها[1].

مسوغات الطلاق من هذه العيوب:

يرى القرائون أن مسوّغ الطلاق من العيوب السابقة ما كان غير حيّن ولا يمكـن تحملـها. ولكن لاختلاف الطبائع ووجود الظروف والملابسـات لم يجدوا معياراً دقيقاً يميـز المسـوغ مـن غيره، لذا خوّلوا السـلطة الشرعية بالرقابة القضائية على المسوغات مـع مراعـات العـرف السائد، الزمان، والمكان، وحالة الزوجين الاجتماعية، فالمسوّغ للطلاق ما تقره هـذه السـلطة الدينية لا ما يدّعيه أحد الزوجين.

وهذه السلطة كما تسمح للزوج أن يطلق زوجته بسبب مسوّغ، كزناها أو قيامها بما يدعو الى الريبة أو استهانتها بالشرع وغير ذلك من الأسباب المذكورة، كذلك تعطي حـق الطـلاق للزوجة عند ثبوت مسوّغ لذلك[2].

وما ورد في كتاب المقارنات والمقابلات[3] (من أنه ليس للمرأة أن تطلب الطـلاق مهمـا كانت عيوب زوجها حتى لو ثبت عليه الزنا)، يحمل على ما جاء في مـذهب الربـانيين مـن عدم جواز التفريق القضائي كما سيأتي في محله.

الشرط الثالث: تدخل المحكمة:

يترتب هذا الشرط على الشرط الثاني لان القاضي خُوّل بالسلطة التقديرية لاقرار المسوغ أو عدمه، وحيث لا يشترط وجود المسوغ لا داعي لتدخل المحكمـة كمـا في حالـة الطـلاق

---

[1] القرائون والربانيون المرجع السابق ص١٣٢، وما بعدها. المقارنات والمقابلات المرجع السابق ص٤٠٧.

[2] يراجع شمار الخضر المرجع السابق: ص١٢٠ـ١٢٨.

[3] يراجع المقارنات والمقابلات ص٤٠٨ نقلا عن بيثر ميطيب على فتاوى هرشباه فصل ٤٠٦.

باتفاق ورضاء الطرفين.

جاء في المقارنات والمقابلات[١] (بعد توقيع الشهود على ورقة الطلاق تعرض على (الراب) ليتحقق من كونها موافقة للأصول الشرعية أو لا).

وجاء في شعار الخضر[٢]: (لا طلاق الا على الشرع بما يكون هناك من المسوغات اللهم الا اذا كان هناك تراض بين الطرفين).

يقول الدكتور أحمد سلامة[٣]: (اتجه قضاؤنا (أي القضاء المصري) واتجاهه صحيح فيما نعتقد الى أن الطلاق الذي يوقع بغير موافقة القضاء يعتبر كانه لم يقع وتظل الزوجية قائمة رغم ذلك).

والواقع أن القاضي يتدخل ليراقب توافر المسوغ أو عدمه فاذا قيل بصحة الطلاق بلا سبب فلا موجب لهذا التدخل.

الشرط الرابع: تسليم الوثيقة[٤]:

علم الزوجة بالطلاق - لا قبولها - شرط أساس لوقوعه ويفترض علمها في تسليم الوثيقة منها أو من وكيلها، فالعبرة بالتسلم، ويترتب على ذلك الأمور التالية:

١- لو ألقاها اليها فصادفت ناراً فاحترقت أو ماءً فانمحت أو أرسلها بيد رسول أو بالبريد فتلفت فلا طلاق، غير أن التلف بين الزوجة ووكيلها لا يؤثر على صحة الطلاق.

٢- له حق الرجوع والاشهاد عليه قبل استلامها.

٣- معرفة المستلم في منتهى الأهمية، والعبرة في ذلك باعتقاد الزوج دون الواقع:

فاذا كان وكيلاً واعتقده رسولا يجوز لـه العـدول عـن طلاقـه قبـل وصـول الوثيقـة الى الزوجة، وليس له ذلك في عكسه.

ويقع الطلاق عند القرائيين اذا توافرت هذه الشروط الأربعة والا تظـل الزوجـة مرتبطـة بزواجها القائم.

---

[١] المرجع السابق ص٤١٠.

[٢] المرجع السابق ص١٢٧ وما بعدها. كتاب ابن شمعون المادتان (٣٣٦، ٣٣٧).

[٣] يراجع الأحوال الشخصية للمواطنين غير المسلمين والأجانب في مصر للدكتور احمد سلامة ص٨٦٤.

[٤] يراجع المادة (٣٢٥) كتاب ابن شمعون. المقارنات والمقابلات المرجع السابق. الأحوال الشخصية المرجع السابق ص٨٦٥. شعار الخضر المرجع السابق ص١٣٧ وما بعدها.

المبحث الثاني

أسباب الطلاق الإلزامية

ويمكن ارجاع الأسباب الالزامية للطلاق الى حالتين:

الحالة الأولى:

ان يكون هناك مـا يقـدر القاضـي خطورتـه علـى الحيـاة الزوجيـة، كاحـدى الأسـباب التالية[1]:

١ـ التزوج عليها غدراً دون باعث شرعي لما ورد في التـوراة[2] (فاحـذروا لـروحكم ولا يغدر أحد بامرأة شابة).

٢ـ تقصيره في الحقوق الزوجية أو تعسفه في معاملتها.

٣ـ المرض المزمن بحيث يقطع الأمل في شفائه منه.

٤ـ عنته أو المرض الذي يمنعه من معاشرتها مدة لا تقل عن ستة أشهر.

٥ـ الريح الكريهة كبخر الفم أو الانف أو غير ذلك مما لا يطاق تحمله.

الحالة الثانية:

قيام ما يؤدي الى بطلان الزواج غير أنهم آثروا لزوم التطليق من المحكمـة علـى الحكـم ببطلان الزواج كما في الصور التالية:

١ـ اذا تزوج بزوجة محرمة عليه.

٢ـ اذا كان الزوج مجبوباً.

٣ـ اذا كان زواج الرجل من مطلقته بعد عقد الغير عليها. لان المطلقة اذا تزوجـت بـزوج ثان تحرم على الزوج الأول تحريماً مؤبداً دخل بها الزوج الثاني أم لا، وعند الربانيين لا تحرم الا بالدخول[3]

---

[1] يراجع شعار الخضر المرجع السابق ص١١٩ وما بعدها.

[2] يراجع سفر التثنية الاصحاح (٢) العدد (١٥).

[3] جاء في سفر التثنية الاصحاح (٢٤) العدد (٢ـ٣): (ومن خرجت في بيته ذهبـت وصـارت لرجـل آخر فان ابغضها الرجل الاخير وكتب لها كتاب طلاق ودفعه الى يدها، واطلقها في بيتـه، واذا

التفريق القضائي:

اذا تحقق سبب من الأسباب المذكورة وكلفت المحكمة الزوج بالطلاق بطلب مــن الزوجــة وأبى فهل يحق للمحكمة أن تحل محله وتطلقها؟

يعتبر هذا الأمر من الأمور المختلف فيها بين المذهبين، فالربانيون كما سيأتي في محلــه لا يعرفون التطليق الا من الزوج نفسه وهذا يتفق مع ما تبناه بعض فقهــاء المســلمين مــن أن الطلاق لمن أخذ بالســاق.

والقراؤون كما ذكرنا سابقاً أباحوا لانفسهم الاجتهاد، والأخذ بمبادئ العدالــة والانصــاف ورفع الأضرار، وبناءً على هذا الاتجاه قالوا: يكلف الرجل بالطلاق شرعا عنــد قيــام ســبب مسوغ وبطلب من الزوجة. فاذا امتنع يمهل مدة وينــذر فــاذا أصــر قــام الشــرع مقامــه في التطليق أنصــافاً للمرأة، ورفعاً للضرر عنها. الا أنه لا يوجد لهــذا دليــل في العهــد القــديم حيث لم يرد فيه أي ذكر لامكان فصم عرى الزواج اذا أرادت الزوجة ذلك. ولم يذكر التشريع اليهودي قط لها حقاً في الطلاق، ولكن كتاب التعاليم التقليدية عند اليهــود سمــح لهــا أن تطلب الطلاق[1].

يحرم الزوج من حق التطليق في حالتين[2]:

الحالة الأولى:

اذا اغتصبها قبل الزواج فأجبر على الزواج منها واشترطت حرمانه من الطلاق، فيســري مفعول هذا الشرط مدى الحياة الا اذا زنت.

الحالة الثانية:

اذا اتهمها بالدعارة قبل الخطوبة، وادعى يوم الدخول بها أنها كانت ثيباً وثبت كذبه.

مات الرجل الأخير الذي اتخذ له زوجة لا يقدر زوجها الأول الذي طلقها أن يعود ليأخذها لتصير له زوجة بعد أن تنجست.

[1] يراجع قصة الزواج وسترمارك ص٣٠٦. شمار الخضر ص١٢٩. المادة (٤١٤) من كتاب ابن شمعون.

[2] يراجع قصة الزواج المصدر السابق ص٣٠٦ وما بعدها.

الفصل الثاني
الطلاق في مذهب الربانيين
شروطه. أسبابه الإلزامية. أثره على حقوق الزوجة

عند الربـانيين حـق الـزوج في الطـلاق يكـاد أن يكـون مطلقاً ويتمتع بإرادة حرة فله أن يطلّـق متـى شـاء، دون خضـوع لأي سـبب مـن الأسـباب المسـوّغة، أو لرقابـة قضائية.

وقد بنى هذا المـذهب رأيـه أيضـاً علـى نفـس العبـارة الواردة في التوراة: (اذا أخذ رجل إمرأة ، وتـزوج بهـا فان لم تجد نعمة (حظوة) في عينيه بـان وجـد بهـا عيبـاً كتب لها كتاب طـلاق ودفعـه الى يـدها وأطلقهـا مـن بيته) حيث فسر هؤلاء الربانيون النص على خـلاف مـا فسره القراؤون فأوّلوا النظم هكذا: (فان لم تجـد نعمـة في عينيه أو وجد بها عيباً)

على أساس أن الكلمة المترجمة الى (بـان) تعـني معنـى (أو) في اللغة العبرية وقالوا:

مناط الطلاق أحد أمرين: أمّا عدم نوال المرأة حظـوة في عيني الرجل، وأمّا أن يجد الرجل بها عيباً، فعدم الحظوة وحده كاف للتطليق ولـو كـان مبعثـه رغبـة الرجـل في غيرها أجمـل منهـا. ونفـرد دراسـة كـل مـن الشـروط، والأسـباب، وتأثير الطـلاق علـى حقـوق الزوجـة بمبحـث خاص.

المبحث الأول

شروط الطلاق

عند الربانيين يشترط لصحة الطلاق شروط ثلاثة:

الشرط الأول: الصيغة:

يعتبر في الصيغة أن تكون صادرة من زوج كامـل الادراك، ولا يـؤثر الخـرس أن لم يكـن طارئاً، ولا المرض أن لم يكن مخلا بقواه العقلية. فلا يصح الطلاق مـن غـير زوج ولا مـن زوج صغير أو مجنون أو معتوه أو سكران أو أخرس اذا كان خرسه طارئـاً. ونـرى أن هـذا مخـالف لصريح نص التوراة الذي لا يمنع الطلاق من الأخرس وغيره حيث أباح للرجل مطلقاً الطـلاق عند عدم وجود الحظوة، كما يعتبر سلباً لحق طبيعي ممن يتمكن من التعبير عنه بالاشارة[1].

الشرط الثاني: الوثيقة:

يشترط لصحة الطلاق أن يسجل في وثيقة تكون اثنى عشر سطراً ـ لا أكثر ولا أقل[2]ـ بحضور شاهدين من أهل الملة.

وهذا التحديد مأخوذ من لفظ (جط) أي الوثيقة بالعبرية فالجيم ثلاثة والطاء تسعة وفق الحساب الأبجدي.

وقالوا: أن حكمة ذلك التحديد هو تصعيب أمر الطلاق وتضييق نطاق دائرته[3]. ويجب تسليمها الى المرأة قائلا لها: (استلمي وثيقة طلاقك فانت طالق وصرت حلا لغيري).

ولا يصح طلاق المجنونة وغيرها ممن لا تتمتع بأهلية كاملة لعدم أهليتها لاسـتلام هـذه الوثيقة، وله الحق في أن يتزوج على المجنونة أن لم يؤثر الزواج الجديد على مؤنتها وعلاجها ويتفق هذا مع شريعة حمورابي[1].

---

[1] يراجع المواد (٢٣١، ٢٤٠، ٢٤١، ٢٤٢، ٢٤٣)، من كتاب ابن شمعون.

[2] يراجع المقارنات المقابلات المرجع السابق ص٤٠٩.

[3] نرى أن هذا التعليل يتنافى مع قولهم باباحة الطلاق ولو لأتفه الأسباب.

ولا يجوز كتابة الوثيقة في الأيام التي لا يجوز فيها العمل، ولا في الليل الا لضـرورة، ولا يشترط رضا المرأة بالطلاق ولا قبولها له، بل يكفي علمها به.

الشرط الثالث: السلطة الشرعية:

لا يصح الطلاق شرعا عندهم الا أمّام سلطة دينية، ولكن مهمة هذه السلطة لا تتجاوز تسجيل الطلاق في الوثيقة، فليس لها حق الرقابة القضائية على بواعث الطـلاق كما كـان لها ذلك عند القرائين، حيث لا داعي لها اذا لم يشترط وجود المسوغ للطلاق. أي أن دورها لا يعدو أن يكون دور موثق يتم أمّام الاشهاد على الطـلاق، مـا دامـت تعـاليم الربـانيين لا تشترط وجود المسوغ الذي يشترطه القرائون.

---

[1] ينظر المادة (١٤٨) من قانون حمورابي.

المبحث الثاني

أسباب الطلاق الإلزامية

لم يتقيد الربانيون بمسوغات الطلاق الا أنهم يعتبرون الطلاق واجباً شرعياً على الزوج في الحالات التالية:

١- ظهور دم الحيض: اذا تكرر دم الحيض ثلاث مرات متواليات عقب مجامعة زوجها لها، وثبت أنه ليس دم البكارة وجب تطليقها وان تم أول الاختلاء بها ظهور دم[1].

٢- عقم الزوجة: اذا مضى على الزواج عشر سنوات أن تزوجها بكراً أو خمساً أن كانت ثيباً دون أن تنسل وجب تطليقها[2].

٣- كره الزوجة لو الزوج: اذا منعت نفسها عن زوجها ينفرها الشرع بضياع حقوقها أربع مرات متواليات، كل اسبوع مرة فاذا أصرت تمهل سنة بلا نفقة فان لم يشمر هذا يجب طلاقها، وكذا يجب على الزوج أن يطلّقها اذا منع نفسه عنها بلا موجب[3].

٤- اذا اختلى بها قبل الزواج: تحرم المختلية على من اختلى بها فاذا عقد عليها كلف شرعاً بطلاقها[4].

٥- زنا الزوجة: اذا ثبت شرعاً زناها برضائها حرمت على زوجها ووجب عليه طلاقها بلا حقوق الا اذا كان الزنا بقصد التخلص من زوجها فانه لا تأثير لـه، كما لا تأثير للزنا اغتصاباً الا على الكاهن فتحرم عليه ويجب تطليقها مع بقاء حقوقها. وكالزنا في الحكم اختلاؤها برجل، ومكثها معه بعد أنذار زوجها لها بحضور شاهدين[5].

٦- الانتقال: للسلطة الشرعية منع الرجل عن السفر حتى يطلق زوجته اذا كانت الجهة المراد الانتقال اليها غير موافقة للزوجة الا اذا كان سببه تعسر للمعيشة[6].

---

[1] يراجع المواد (١٥٥، ١٥٦، ١٥٧) من كتاب ابن شمعون.

[2] يراجع المادتين (١٦٤، ١٦٥) المرجع السابق.

[3] يراجع المادتين (١٧٠، ٢١٤) المرجع السابق.

[4] يراجع المادة (١٩٠) المرجع السابق.

[5] يراجع المواد (١٨٠، ١٨٢، ١٨٤، ١٨٥، ١٨٦، ١٨٨) المرجع السابق.

[6] يراجع المادتين: (١٩٢-١٩٥) كتاب ابن شمعون.

٧ـ مرض الزوج: اذا طرأ على الرجل بعد الزواج مرض معد وجب عليه تطليق زوجتـه واذا كان المرض صرعاً يجب الطلاق سواء كان المصاب به زوجاً أو زوجة[1].
٨ـ عقم الزوج: اذا كان عقم الزوج خلقاً وجب عليه الطلاق وللزوجة حقوقها[2].
٩ـ عوز الرجل: اذا أعوز الرجل بحيث لم يقدر على تحصيل قوته الضروري وجـب عليـه التطليق وبقيت حقوق زوجته ديناً في ذمته[3].
١٠ـ اعتداء الزوج على الزوجة: اذا اعتاد الرجل ضرب زوجته ويُنبه الشرع وحلّفه أن لا يعود، فاذا حنث وعاد وجب عليه الطلاق ودفع الحقوق الا اذا كان الضرب لباعث شرعي[4].
١١ـ المطلقة للزنا: اذا كان هو المسبب في طلاقها من غير بزناه معهـا وجـب عليـه طلاقها أن تزوجها ولو كان له أولاد منها[5].
١٢ـ الزوجة المحرمة: اذا كانت الزوجة محرمة عليه لمانع من موانع الزواج وجب عليـه طلاقها[6].

هل للقضاء سلطة التفريق؟:

اذا امتنع الزوج من الطلاق على الرغم من وجوبه عليه لسبب من الأسـباب الالزاميـة السابقة، فهل يقوم القاضي مقامه في التطليق كما كان الأمر كـذلك في مـذهب القـرائين؟ الجواب: كلا.

للمادة (٣٢١) من كتاب ابن شمعون: (لا يرفع قيد الزواج الا بالطلاق)، والمادة (٣٢٤): (ان الطلاق في يد الرجل)، والمادة (٣٣٧): (كل طلاق من سلطة أجنبية (أي غير الزوج) لا يعتبر شرعاً)، والمادة (٤٣٨): (يكلف الرجل المتزوج بحرمـة أن يطلقهـا فـاذا توقـف جـاز للشرع عزله وحرمانه من الشعائر والحقوق المالية حتى يطلق).

---

[1] يراجع المادتين (٢٠٤ـ٢٠٥) المرجع السابق، شعار الخضر المرجع السابق ص١٢٨.
[2] يراجع المادة (٢١٣) المرجع السابق.
[3] يراجع المادة (٢١٥) المرجع السابق.
[4] يراجع المادتين (٢٧١، ٢٨١) المرجع السابق.
[5] يراجع المادة (٣٤٧) المرجع السابق.
[6] يراجع المادة (٣٤٨) المرجع السابق.

فيؤخذ من هذه النصوص كلها: أن الطلاق لا بد أن يصدر من الرجل نفسه سواء. كان هو يريد أنهاء رابطة الزوجية، أو تبغيها الزوجة، أو يقتضيها النظام العام.

فاذا أبى الزوج الطلاق فلا سلطة تحل محله في التطليق، استناداً الى ما ورد في التوراة من أن الرجل (يكتب لها وثيقة الطلاق ويسلمها ليدها). فقالوا: هذا النص ظاهر في أن الطلاق يجب أن يصدر من الزوج نفسه فكل قول بان القاضي يستطيع أن يطلق عن الزوج بعيد وغير مستند الى دليل شرعي.

يحرم الزوج من حق التطليق في الحالات الآتية:

١- الجنون: اذا أصيبت الزوجة بجنون بعد الزواج يحرم عليه تطليقها. ويجب الاعتناء بها من ناحيتي الانفاق والعلاج، لكن له أن يتزوج عليها اذا لم يضر ذلك بها[1].

٢- أسر الزوجة: اذا أسرت الزوجة يجب على الزوج بذل ما في وسعه لاطلاق سراحها من ملكه الخاص، ويحرم عليه تطليقها قبل فك أسرها[2].

٣- هتك البكارة: اذا هتك حرمة بكارة إمرأة وأجبر على زواجها، لها أن تشترط عليه حرمانه من تطليقها، ويبقى مفعول هذا الشرط سارياً مدى الحياة الا اذا زنت الزوجة[3].

---

[1] يراجع المادتين (٣٣٢، ٣٣٣) من كتاب ابن شمعون.

[2] يراجع المادة (١٣٣) المرجع السابق.

[3] يراجع المادتين (٤١١، ٤١٤) المرجع السابق.
قصة الزواج ص٣٠٦ وما بعدها.

المبحث الثالث

أثر الطلاق على حقوق الزوجة

أ ـ تحرم الزوجة من كل حقوقها أو بعضها اذا طُلّقت لسبب من الأسباب الآتية[1]:

١ـ ثبوت تصرف الزوجة في بكارتها بطريقة غير مشروعة.

٢ـ عدم لياقة المرأة للرجال.

٣ـ عيب الزوجة اذا لم يعلم به الزوج قبل العقد.

٤ـ منع الزوجة نفسها عن زوجها لكراهتها له.

٥ـ كره الزوجة لزوجها مع رفضها الانفصال.

٦ـ محادثة الزوجة مع شخص منعها زوجها من الاتصال به وحلفها يميناً على ذلك.

٧ـ رفض الزوجة الاقامة مع زوجها في الجهة التي يقيم بها.

٨ـ اصرار الزوجة على الاستقلال في المسكن عن أهل زوجها دون أن يضطهدوها.

٩ـ زنا الزوجة أو مخالفتها للشرع والآداب.

١٠ـ نشوز الزوجة عقب إصابة زوجها بعيب أو عاهة بعد الزواج.

١١ـ تكرار شتم الزوجة لزوجها بعد أنذارها بسقوط حقوقها.

١٢ـ اذا كان الزوج عائزاً لكن ينظر هنا الى الميسرة.

ب ـ للزوجة حقوقها اذا طُلّقت للأسباب التالية[2]:

١ـ ظهور عدم بكارة الزوجة ولم يثبت تصرفها بها بطريقة غير مشروعة.

٢ـ ظهور دم الحيض كما سبق.

٣ـ ظهور عيب غير خفي أو معلوم للزوج قبل الزواج.

٤ـ عقم الزوجة.

٥ـ اجهاض المرأة ثلاث مرات متواليات.

---

[1] يراجع المواد (١٥٣، ١٥٥، ١٥٩، ١٦٨، ١٦٩، ١٧٣، ١٧٧، ١٨٠، ١٩١، ٢٠٣) المرجع السابق.

[2] يراجع المواد (١٥٢، ١٥٦، ١٦١، ١٦٤، ١٦٧، ١٧٢، ٢٠٥،١٨٤، ٢٠٩، ٢١٤، ٢١٧)، المرجع السابق.

٦ـ كره الزوجة شريطة أن ترغب في الصلح قبل الحكم بالطلاق ويأبى الزوج ذلك.
٧ـ زنا الزوجة اغتصاباً.
٨ـ اصابة أحد الزوجين بالصرع.
٩ـ رائحة الزوجة الكريهة.
١٠ـ منع الرجل نفسه عن زوجته.
١١ـ اعتياد الرجل الاعتداء على زوجته.
١٢ـ اذا مات الزوج بلا عقب (نسل) ورفضت الزوجة الزواج بأخيه بسبب عيب فيه.

المقارنة بين المذهبين

يتفق المذهبان في كثير من أحكام الطلاق كما يتضح مما سبق مـن بيـان وأسـباب وآثـار الطلاق لدى كليهما. ولكن يختلفان في بعض الأمور أهمها:

١ـ مسوغ الطلاق:

لا يشترط وجود المسوغ للطـلاق عنـد الربـانيين خلافـاً للقـرائين، ويعـود ذلـك الى اختلافهم في تفسير النص الوارد في التوراة كما سبق.

٢ـ الرقابة القضائية:

لا توجد الرقابة على بواعث الطلاق عند الربانيين لعدم اعتبارهم وجود البواعث في صحة الطلاق، بل تقتصر مهمة السلطة الشرعية عندهم على التوثيق، كمـا ذكرنـا، بينما تجب هذه الرقابة لدى القرائين.

٣ـ التطليق القضائي:

عند الربانيين لا يجوز أن تحل سلطة القضاء محل الزوج في تطليق زوجته اذا قام سـبب مسوغ لذلك. في حين أنه يجوز ذلك لدى القرائين، ومنشأ خلافهم هو تقيـد الربـانيين بظاهر ما ورد في التوراة من نسبة كتابة وثيقة الطلاق الى الزوج نفسه وعـدم تمسـك القرائين بذلك.

٤ـ الوثيقة:

يتفق المذهبان على أن الوثيقة شرط أساس لصحة الطلاق، لكـن يختلفـان في كيفيـة تنظيمها، فيرى الربانيون تحديدها باثني عشر سطراً، بينما لا يعير القـرائون أهميـة

لذلك.

هـ الصيغة:

يعتبر في الصيغة عند القرائين أن تكون باتة وغير معلقة على شرط ولا مضـافة الى أجل، بينما كل ذلك ليس بشرط عند الربانيين.

٦ـ طلاق المجنونة:

لا يجوز طلاق المجنونة عند الربانيين قبل شفائها خلافاً للقرائين.

ملاحظاتنا على نظام الطلاق اليهودي:

نستنتج مما تقدم من أحكام الطلاق لدى اليهود بعض ملاحظات منها:

١ـ أن كثيراً من تلك الأحكام ليس لها مصدر أو مستند في العهد القديم، بل هي أمّا مأخوذة من الشريعة الاسلامية كالتفريق بالعلل، أو من قوانين حمورابي كعدم جواز تطليق المجنونة قبل شفائها[1]، أو من القوانين الرومانية كالتطليق بالزنا.

٢ـ توجد ظاهرة التعسف بحق الزوجين أو أحدهما في كثير من تلك الأحكام ومن صوره:

أ- سلب الاختيار عن إرادة الزوجين في الطلاق في بعض المجالات، وقد ذكرنا الستتي عشرة حالة من مذهب الربانيين يجب فيهـا الطـلاق وجوبـاً إلزاميـا. في حين أن الشريعة الاسلامية تعطي حرية الاختيار للسليم فله طلب التفريق مـن القضـاء وله الصبر على صاحبه ومشاطرته في السراء والضراء مع الأجر والثواب عند الله عملا بالروح الانسانية الطيبة.

ب- اعطاء حق الطلاق للزوج اذا زنت الزوجة أو ساء سلوكها، وحرمـان الزوجـة مـن هذا الحق اذا تلبس زوجها بنفس السبب.

ج- التوسع في أسباب وجود الطلاق بحيث أدى ذلـك الى أن تصـبح المـرأة المسكينة ضحية لكثير منها دون أن يكون لها حول أو قوة في حدوثها مثل عقمها أو تكرر دم حيضها.

د- تدخل المحكمة في شؤون العائلة وتمكينها من الاطلاع على أسرار الأسرة بمنحها حق الرقابة القضائية على بواعث التطليق.

---

[1] يراجع المادة (١٤٨) من قوانين حمورابي.

٣- يوجد تعارض واضح بين أحكام الطلاق عندهم كاعتبار الجنون السابق على الزواج سبباً لبطلانه مع عدم كونه سبباً لطلب التفريق عند الربانيين اذا طرأ بعد الزواج. في حين أن الشريعة الاسلامية تعتبر العقد صحيحاً اذا كان أحد الزوجين مجنوناً وحل محله في العقد وليُّه أو القاضي. ويعلل ذلك بانه قد يكون في زواجه علاج له، فلا يجوز حرمانه منه، ثم يعطي الزوج السليم حق طلب التفريق اذا شاء، وانقطع أمل شفاء المجنون.

٤- أنحطاط مركز المرأة المطلقة في نظر التعاليم اليهودية مهما كان سبب الطلاق، واعتبار الزواج منها عملا مذموماً الأمر الذي قد يؤدي الى تحطيم مستقبلها في الحياة الزوجية. وقد ورد في سفر الأحبار الأصحاح (٢١) العدد (٧) (بامرأة فاجرة أو مبذولة لا يتزوجوا. وبامرأة مطلّقة لا يتزوجوا). وجاء في نفس الاصحاح أيضاً العدد (١٤) (وأمّا الأرملة والمطلّقة أو المبذولة أو الفاجرة فتلك لا يتخذها).

وهذا يعني وضع المطلقة في مصاف الفاجرة والمبذولة[1].

وبالاضافة إلى ذلك فان هذه الشريعة قد قطعت طريقة رجوع الزوجة المطلقة إلى زوجها السابق حيث جاء في سفر التثنية الأصحاح (٢٤) العدد (٢-٣): (ومتى خرجت في بيته ذهبت وصارت لرجل آخر، فان أبغضها الرجل الأخير وكتب لها كتاب طلاق ودفعه الى يدها، وأطلقها في بيته، واذا مات الرجل الأخير الذي اتخذها له زوجة لا يقدر زوجها الأول الذي طلقها أن يعود ليأخذها لتصير له زوجة بعد أن تنجست).

وجاء في المقارنات والمقابلات: (ويحرم على الرجل مراجعة من فارقها بسبب العقم أن لم تتزوج بآخر)[2].

ولا نظير لهذا التعسف في الشرع الاسلامي.

٥- اعتبر الطلاق في بعض الحالات كعقوبة على ما يتلبس به أحد الزوجين في حين أن الطلاق شُرِّع ليكون الوسيلة الأخيرة لحل مشاكل الحياة الزوجية.

٦- ومن المستغرب أن الفقه اليهودي يعتبر موانع صحة الزواج أسباباً الزامية للتطليق كما سبق في الفقرتين (١١، ١٢) في حين أنها أسباب للبطلان.

---

[1] يراجع شعار الخضر ص١٠٢.

[2] المقارنات والمقابلات ص٤١١.



الباب الثالث

الطلاق في التعاليم المسيحية

ويتضمن:

الفصل الأول: الطلاق عند الكاثوليك

الفصل الثاني: الطلاق عند الأرثوذكس

الفصل الثالث: الطلاق عند البروتستانت





نشأت المسيحية ملة واحدة ثم دبَّ الانقسام فيها[1] فانقسمت الى الكاثوليك[2]. البروتستانت[3]. الأرثوذكس[4].

المبادئ العامة المشتركة بين هذه المذاهب في الزواج:

١ـ الزواج علاقة فردية لا تقوم الا بين رجل واحد وامرأة واحدة.

٢ـ الزواج سر مقدس ينعقد بالصلاة، ويتدخل رجل الدين الذي يعبر عن الارادة الالهية، والقول بإباحة الطلاق بارادة الزوجين أو أحدهما معناه تغليب هذه الارادة على الارادة الألهية. فكما أن الزواج لا ينعقد الا بتدخل السلطة الدينية، فكذلك لا ينحل الا بها، لان من ملك الربط ملك الحل.

٣ـ أن معنى اباحة أنحلال الزواج بالمشيئة الواحدة هو أن يكون شخص واحد خصماً وحكماً في وقت واحد وهذا لا يجوز.

---

[1] الكاثوليك تتبع الرئاسة في روما. والارثوذكسية طوائف مستقلة بعضها عن بعض والبروتستانت لهم في كل قطر رئاسة مستقلة. والى القرن الخامس كانت الكنائس المسيحية متحدة لا خلاف فيما بينها، وقد اصدر احد المجاميع الدينية ٤٥١م قرارا يتعلق بطبيعة السيد المسيح عليه السلام من أنه ذو طبيعتين طبيعة بشرية وطبيعة الهية. فأعلنت الكنيسة المصرية عدم موافقتها على ذلك، وقالت أن للمسيح طبيعة واحدة وهي الطبيعة الالهية. ثم حدث خلاف حول الرئاسة الكنسية في العالم فطالب اسقف القسطنطينية أن يكون هو الرئيس الأعلى للمسيحيين، وقام البابا في روما معارضا ذلك، وكان من نتيجة ذلك أن تم الانفصال بين الكنيستين عام ١٠٥٤م، وغلب على الكنيسة الغربية اسم الكاثوليكية أي الجامعة وعلى الكنيسة الشرقية اسم الارثوذكسية أي صاحب الرأي المستقيم. وفي القرن السادس عشر أنتشر المذهب البروتستانتي.

[2] ويشمل سبع طوائف: الاقباط من اصل مصري. والروم من اصل أوروبي، والأرمن من أصل أرمني. والسريان من أصل سوري. والموارنة من أصل لبناني. والكلدان من أصل عراقي. واللاتين من أصل أوروبي، ويخضع الجميع لرئاسة البابا في روما.

[3] وهم على الرغم من أنقسامهم يعتبرون طائفة واحدة.

[4] ويضم اربع طوائف: (الاقباط. الروم. الأرمن. السريان)، من نفس الأصل المذكور.

٤ـ الزواج نظام قانوني وليس عقداً لان موضوعه الأسرة وهي لا تكـون محـلا للتعاقـد. والقواعد التي تحكم هذا النظام تعتبر من القواعد الآمرة لا يملـك الزوجـان الاتفـاق على مخالفتها. والقول بجواز الحكم بالتطليق بالارادة المنفردة أو بمجرد اتفـاق الطـرفين يصطدم مع المبادئ الأساسية في الشريعة المسيحية.

سلطان الارادة في الطلاق لدى الشريعة المسيحية:

يؤخذ من المبادئ العامة المذكورة: أن الطلاق باعتباره حقاً مشروعاً خالصاً مطلقاً للزوج يستقل بايقاعه متى شاء ولأي سبب أراد، ويرتب عليه أنهاء رابطة الزوجية ـ فالطلاق بهذا المعنى ـ لا تعرفه الشريعة المسيحية بجميع مذاهبها، بل تأخذ بمبدأ الطـلاق المقيـد الـذي لا يقضي به الا لأسباب مبررة وأمّام سلطة دينية مختصة[1].

غير أن تلك المذاهب اختلفت فيما بينها في جواز الطلاق وفي توسيع وتضييق نطاق دائرته عند من يقول به وكذا في تحديد أسبابه[2]. لذا من الضروري افراد بيان أحكام الطلاق لـدى كل مذهب بفصل خاص.

---

[1] يراجع الدكتور توفيق حسن فرج الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ص٦١٠ وما بعدها.

[2] يراجع محمد محمود نمر ، الأحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية من المصريين (في الشريعتين المسيحية والموسوية). ص٢٨٩. الدكتور احمد سلامة الاحوال الشخصية للمواطنين غير المسلمين والأجانب ص٧٤٩.

الفصل الأول
الطلاق عند الكاثوليك

الكنيسـة الكاثوليكيـة هـي كنيسـة رومـا[1]
والكنيسة الأصلية التي أنفصلت عنها الكنيسـة
الأرثوذكسية، والبروتسـتانية. والمعروف عن المذهب
الكاثوليكي هو: أنـه لا يُقـرّ أنحـلال الـزواج الا
بالموت، الاّ أنه فرّق بـين الـزواج الصـحيح المقـرر
المكتمل وبين غير المكتمل كما يلي:

اولا . الزواج الصحيح المقرر غير المكتمل:

وهو الزواج الصحيح الذي لم تتم فيه المخالطة الجسـدية بـين الـزوجين علـى الـرغم مـن أنعقاده صحيحاً، فهذا الزواج يجوز حله وانقضاؤه في حالتين:

الحالة الأولى ـ دخول احد الزوجين حياة الرهبانية:

والمقصود منها الترهبن الكبير ـ دون النذر البسيط ـ من أحـد الطـرفين سـواء تم ذلـك برضاء الطرف الآخر أم لا، وذلك تمشياً مع التعاليم الكنسية الـتي تقضـي بتفضـيل حيـاة البتولية على الزواج. ففي هذه الحالة تنحل الرابطة الزوجية بقوة القانون ويحق للطرف الآخـر أن يتزوج من جديد بمجرد دخول الثاني في الرهبانية دون حاجة الى الحكم بانتهـاء الزوجيـة.

---

[1] الكاثوليكيـة يعترفـون برئاسـة البابـا وبوحـدة الاعتقـاد الـديني في جميـع المبـادئ الدينيـة. والاختلاف الشكلي بينهم لا يترتب عليه اختلافهم في ماهية الطلاق وحكمه.

ويعود سر ذلك الى أن الزوجين في حالة عدم الاختلاط الجسدي (المعاشرة الجنسية) لا يعتبران جسداً واحداً. وبالتالي يحق لأي منهما أن ينصرف كليًا الى الله، وللآخر الزواج الجديد.

الحالة الثانية ـ فسخ الزواج لسبب عادل:

يجوز فسخ الزواج اذا توفرت الشروط الثلاثة التالية:

١ـ قيام سبب عادل يبرر الفسخ كطرو، عجز جنسي بعد العقد وقبل الدخول.

٢ـ أن يكون الحاكم بالفسخ الحبر الأعظم (البابا). ولا يملك غير هذه السلطة.

٣ـ أن يثبت أمام سلطة الفسخ أن الزواج غير مكتمل (أي لم يحصل فيه دخول أو اتصال بين الزوجين)[1].

وللبابا السلطة التقديرية في قبول السبب كمبرر للفسخ وفي الحكم به.

ثانيا . الزواج الصحيح المقرر المكتمل:

في هذا النوع من الزواج لا يعترف الكاثوليك بالانحلال الا بالموت لكنهم يقولون بالتفريق الجثماني.

التفريق الجثماني:

لما شعر الكاثوليك بخطورة سلب حق طبيعي عن الانسان وهو الطلاق اضطروا الى الاستعاضة عنه بالتفريق الجثماني الذي هو حالة بين قيام رابطة الزوجية وبين أنتهائها، فهما ليسا زوجين بحيث يتمتع كل منهما بالآخر، كما أنهما ليسا منفصلين أنفصالا يبيح لهما استئناف الحياة الزوجية مع زوج آخر.

التفريق الجثماني يكون بقرار من المجلس وفي الحالات التالية:

١ـ اذا زنا أحدهما دون رضاء الآخر، ودون ارتكابه نفس الجريمة.

٢ـ اذا اعتنق أحدهما مذهباً غير كاثوليكي.

٣ـ اذا ربى أحدهما أولاده تربية منافية للعقيدة الكاثوليكية.

٤ـ اذا ساءت الحياة الزوجية بحيث يصعب استمرارها.

---

[1] ينظر توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين المرجع السابق ص٣٥٢ـ٣٥٣.

٥ـ اذا سلك أحدهما سلوكاً اجرامياً ومهدراً للكرامة والاعتبار.
٦ـ وكل حالة يقرها المجلس كسبب موجب للتفريق الجثماني[1].

أدلّة الكاثوليك:

استدل الكاثوليك على عدم فصم عرى الزوجية عن طريق الطلاق بأدلة أهمها:

أولا ـ ما ورد في الاناجيل:

فقد ورد في أنجيل (لوقا)[2]: (كل من يطلق زوجته ويتزوج بأخرى فهو يزني، فكـل من يتزوج بمطلقة من زوجها، فهو يزني).

وجاء في أنجيل (مرقص)[3] وتقدم الفريسيون فسـألوه: هـل يحـل للرجـل أن يطلـق امرأته؟ ـ ليجربوه ـ أجاب وقال لهم: بماذا أوصاكم موسى؟ قـالوا: أذن موسـى أن يكتب كتاب الطلاق وتخلى. أجاب يسوع وقال لهم: من أجل قسـاوة قلـوبكم كتـب لكم هذه الوصية. ولكن من بدء الخليقة خلقهم الله ذكراً وانثى ولذلك يترك الرجـل أباه وأمه ويلصق بامرأته، ويكون كلاهما جسداً واحداً. فالـذي زوجـه الله لا يفرقـه أنسان. ثم في البيت سأله تلاميذه أيضا عن ذلك فقـال لهـم: (مـن طلـق امرأتـه وتزوج بأخرى فقد زنى عليها، وان طلقت امرأة زوجها وتزوجت مـن آخـر فهـي زانية).

وفي أنجيل (متى)[4]: (وقيل من طلق امرأته فليدفع لها كتاب الطـلاق. وأمّـا أنـا فأقول لكم: أن من طلق امرأته من غير علة الزنى فقد جعلها تزنـي، ومـن تـزوج بمطلقة زنى).

وجاء فيه أيضا[5]: (وان طلق امرأته الا لسبب الزنى وتـزوج بـأخرى يزنـي، ومـن تزوج بمطلقة زنى). وجاء في رسالة بولص: (وأمّا المتزوجـون فأوصـيهم لا أنـا، بـل الرب، أن لا تفارق المرأة رجلها، وان فارقته فلتلبث غير متزوجة أو لتصالح رجلـها.

---

[1] ويتبين مما ذكر أن القول بان: الشريعة المسيحية تأخذ بمبدأ الطلاق المقيد من بـاب التغليب حيث أن الكاثوليك لا طلاق عندهم لا مطلقا ولا مقيدا.
[2] أنجيل (لوقا) الاصحاح (١٦) العدد (١٨).
[3] أنجيل (مرقص) الاصحاح (١٠) العدد (٢ـ١٢).
[4] أنجيل (متى) الاصحاح (٥) العدد (٣١ـ٣٢).
[5] أنجيل (متى) الاصحاح (١٩) العدد (٩).

ولا يترك الرجل امرأته)[١].

ثانيا . الزواج سر مقدس من أسرار الكنيسة فلا يجوز انحلاله.

ثالثا . تأويل الطلاق في ألجيل (متي) (من طلق الا لعلة الزنى): بالتفريق الجثماني.
قالوا: لو قصد بالطلاق مفهومه المعروف لتعارض مع آية (ومن تزوج مطلقـة فقـد زنى) وللزم القول باباحة وتحريم الطلاق في وقت واحـد. فتفسـير الطـلاق بـالتفريق الجثماني يجمع بين نصوص الاناجيل ويرفع التعارض بين معانيها.

رابعا . بما جاء في التوراة (سفر التكوين): حيث يقص أن الله خلق حوا، بعد آدم عليه السلام لانه سبحانه وتعالى وجد أنه ليس حسناً أن يكون آدم وحده. ووضع على لسـان آدم تعقيبا على صنع الله قوله (هذه الآية عظم من عظمي[٢]، ولحم من لحمي. من أجل هذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكونان جسداً واحداً).
قالوا: يفهم من هذا النص أن الزواج غير قابل للانحلال الا بالوفاة.

خامسا . بالقانون الطبيعي: قالوا: أن قواعده تقضي بان الزواج لا يمكن أن تتحقـق الاهداف المتوخاة منه الا اذا كان علاقة دائمية ورباطاً لا ينفصم[٣].

مناقشة هذه الأدلة:

١ـ النصوص الواردة في الاناجيل لبيان حكم الطلاق منها مطلقة ومنها مقيّدة بحال الزنـى فيحمل المطلق منها على المقيد فيكون الطلاق مبدئياً مباحاً لعلة الزنى. وهـذا السـبب وان كان خاصـاً في منطوقه الا أنه عام في مفهومه فيشمل كل مـا يكـدّر صـفوة الحيـاة الزوجية، أو يثير الشكوك في رباط الزواج ويخل بقدسيته. وذلك لان سيدنا المسيح عليه السلام لم يكن مشرعاً وضعياً يذكر كل حادثة بنص خاص، بل كان رسـولاً صـوّر الحيـاة المثاليـة للانسان على ألواح القواعد الكلية، مثله في ذلك مثل أخوته مـن الانبيـاء والمرسـلين. فقد ورد في القرآن الكريم النهي عن أف الوالدين ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ﴾ وأريد به جميـع الايذاءات. وحرّم القرآن الخمر وأراد به كافة المسكرات. وبناء على ذلك يمكننا أن نقـول

---

[١] ينظر توفيق حسن فرج أحكام الاحوال الشخصية لغير المسلمين المرجع السابق ص٣٠٤.
[٢] يقصد بالآية حواء عليها السلام .
[٣] راجع نمر وألفي المصدر السابق ص٣١١ وما بعدها.
الدكتور إهاب حسن اسماعيل أنحلال الزواج في شريعة الاقباط الارثوذكس ص٨٧ وما بعدها.

بان الطلاق مباح في شريعة سيدنا المسيحﷺ لكل سبب يخل بقدسية الزواج اخـذاً بهـذا المفهوم العام للزنى أو قياساً عليه في كل ما يخل برابطة الزوجية وانسجامها.

٢ـ القول بان الزواج سر مقدس لا يقبل الانفصام صحيح اذا احـتفظ الزوجـان بقدسـيته لان المنع منوط بها ومعلول لها فينتفي بانتفائها ضرورة زوال المعلول بزوال العلة.

٣ـ تأويل الطلاق بالتفريق الجثماني بعيد عن الواقع لان اللفظ لا يصرف عن حقيقته الا اذا تعذرت. والتعارض بين النصوص يرفع بحمل المطلق على المقيد لان تأويلهم هذا يجر الزوجين الى هاوية الشقاء والبؤس مدى الحياة. أضف الى ذلك ما يترتـب عليـه مـن سوء السلوك والانحراف الجنسي لكل منهما الا من رحم ربه.

وبهذا يصطدم التأويل مع ما نادى به السيد المسيح من عدم ايـذاء أي أنسـان لآخـر ومن مكارم الأخلاق.

٤ـ ولا يصح الاستدلال بما ورد في التوراة لانه لم يلتزم به الموسويون أنفسهم. فكيف يلـزم من لا يؤمنون بالتوراة كمصدر لأحكامهم الشرعية؟!.

٥ـ القانون الطبيعي هو الآخر لا يمنـع أنفصـام عـرى الزوجيـة عنـد الحاجـة، لان هـذا القانون وان جاء بمفاهيم عديدة كالفلسـفة عنـد الأغريـق والقـانون عنـد الرومـان والحسن والقبح الذاتيين عند المعتزلة.. الا أنه بجميع معانيه يـدعو الى مـا فيـه مـن مصلحة الانسان. فالطلاق مفسدة أن لم يكن لمبرر ومصلحة أن ألحت عليـه حاجـة ضرورية.



الفصل الثاني
الطلاق عند الأرثوذكس

انفصلت الكنيسة الأرثوذكسية المصرية عن كنيسة روما منذ القرن الخامس الميلادي، ثم أنفصلت عنها كنيسة القسطنطينية (البيزنطينية) عام ١٠٥٤م بسبب الخلاف على رئاسة العالم المسيحي. ثم تكونت كنائس شرقية أرثوذكسية أخرى مستقلة عن الكنيستين السابقتين. ولكن يجمع الكل تأثرها بالقانون الروماني والفقه الاسلامي في تنظيم أحكام الزواج والطلاق، حيث لم تقتصر هذه الكنائس في اباحة الطلاق على حالة الزنى وهي الحالة الوحيدة التي ورد النص في أنجيل (متى) باجازة الطلاق فيها، بل ساد في الكنائس الشرقية الاتجاه نحو تفسير واسع لهذا السبب الوحيد الوارد في الانجيل بجعله على أن المقصود منه كل ما يكدّر صفوة الحياة الزوجية، ولذا أخذ رؤساؤها وفقهاؤها بتبني القواعد الرومانية وتهذيبها واعتبارها من القانون الكنسي[1]. كما أخذوا أيضاً كثيراً من بواعث الطلاق من الفقه الاسلامي: كالجنون، والعنّة، والخصي، والجب، والرتق،

---

[1] استاذنا الدكتور الشرقاوي، الاحوال الشخصية لغير المسلمين الوطنيين والاجانب ص١٣٠، ١٣١.

والقرن، وغيبة أحد الزوجين، والجذام، والبرص، والايـلاء، والنشوز، والقذف.

يقول اهاب حسن اسماعيل في كتابه (انحلال الزواج) في شريعة الاقباط الارثوذكس)[١]:

(اصدر[٢] البطريريك كيرلس بن لقلق أمره الى أحد الكهنة وهو ابن العسال بوضع مجموعة كاملة وافية للفقه المسيحي القبطي، وألّف كتابه المشهور باسم (المجموع الصفوي). وقد جمع بين دفتيه القواعد الشرعية والقانونية المستمدة من مختلف المصادر. ورجع الى كتب الفقه الاسلامي، وبوجه خاص الى كتب أبي اسحاق الشيرازي في المذهب الشافعي).

ومع ذلك فان الكنائس المنتمية الى المذهب الارثوذكسي ظلت متمسكة بمبدأ (الزواج سر مقدس) مما يبرر القول بانها على الرغم من إباحتها للطلاق وفي نطاق واسع أحياناً تجعل الأصل هو (عدم قابلية الزواج للانحلال).

ويضم هذا المذهب أربع طوائف: (الأقباط، والأرمن، والسريان، والروم).

وحيث أن هذه الطوائف لم تتفق على تحديد أسباب معيّنة للطلاق يكون من المفيد إفراد أحكام الطلاق لدى كل طائفة بمبحث منفرد.

---

[١] ينظر ص٣٨.

[٢] أي في القرن الثالث عشر الميلادي.

المبحث الأول

التطليق في تعاليم الأقباط الأرثوذكس

هناك أسباب متفق عليها وأسباب مختلف فيها لاباحة التطليق في هذه التعاليم ونقتصر على المتفق عليها منها، لضيق المجال وهي:

الزنا، وسوء السلوك، والرهبنة، والغيبة، والحكم بعقوبة مقيّدة للحرية، والمرض، والاعتداء، والهجر.

أولا ـ الزنا:

الزنا في نظر شريعة الأقباط الأرثوذكس لفظ مطاطي يشمل الزنا الحقيقي (الوقاع) والحالات التي تسبق الزنا، والتي تحمل الانسان على الظن أو الاعتقاد بانها ستؤدي اليه، ولا فرق في هذا التسبب بين زنا الزوج والزوجة.

والزنا الحقيقي يعتبر سبباً الزامياً للتطليق. فاذا تأكد القاضي من وقوعه ومن أنه يصدر اعتداء على حق الزوج الثاني التزم بالحكم بالتطليق أن طلبه الزوج البريء، فلا سلطان لارادته في العدول عن ذلك. ويعتبر التطليق للزنا عقوبة لاخلال الزوج الذي فارقه بواجباته الزوجية نحو قرينه من الاخلاص والأمانة والعفة[1].

ثانيا ـ الرهبنة[2]:

والرهبنة نظام ولد في ظل المسيحية وهي اعتزال عن العالم وملذاته والاخلاص في عبادة الله. ومن مقتضياتها الامتناع عن الزواج. ونصت مجموعة القواعد الخاصة بطائفة الأقباط الأرثوذكس الصادرة سنة ١٩٣٨ في المادة (٥٨) على جواز الطلاق اذا ترهبن الزوجان أو

---

(1) يراجع اهاب حسن اسماعيل المرجع السابق ص١١٠ وما بعدها.

(2) لا خلاف في حالة ترهبن الزوجين معا فالزواج ينحل في هذه الحالة لكن في حالة ترهبن أحدهما يجب أن يتم ذلك برضاء الزوج الأخر ينظر الدكتور توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين ص٣٤٨.

أحدهما برضاء الآخر، الاّ أن مشروع ١٩٥٥ لم يعد الرهبنــة مــن أســباب التطليــق. ولهــذا السبب شرطان:

١ـ انخراط أحد الزوجين في سلك الرهبنة انخراطاً صحيحاً بان تمّت وفق القواعد الكنسية كان لا يقل عمره عن (١٧) سنة ويكون غرضه تذليل النفس وعبادة الله.

٢ـ رضاء الطرف الذي لم يترهبن برهبنة قرينه، أن كــان الــذي تــرهبن أحــدهما، ويعتــبر التطليق لهذا السبب علاجاً لا عقوبة، والزامياً لا اختيارياً فيتعين على القاضــي أن يتأكد من توافر السبب واستكمال شروطه[1].

ثالثا . الغيبة[2]:

جاء في مجموع الصفوي[3]: اذا أُسر أحد الزوجين وغاب سبع سنين ولم يعلم هل هو حي أو لا فلزوجته أن تتزوج بغيره. ولهذا السبب شروط ثلاثة:

١ـ الغيبة لمدة تأرجحت المجموعات الشرعية بين اشتراط مضي خمس ســنوات الى ســبع سنوات على غياب الزوج. لكن يبدو أن ما اســتقر عليــه العمــل أخــيراً هــو خمــس سنوات.

٢ـ الجهل بحياة الغائب من وفاته بان لا يكون مقره معلوماً[4].

٣ـ صدور الحكم بثبوت غيبته.

والتطليق لهذا السبب علاجي واختياري، لانه يقصد به أنقاذ الزوج الحاضــر مــن زوجيــة أصبحت لا تحقق أغراضها بسبب الغياب[5]. ويخضع لكامل تقدير القاضي في حدود ســلطته الموضوعية المعقولة.

---

[1] يراجع ملحق المجموع الصفوي ص٢٤.

[2] يراجع اهاب اسماعيل المرجع السابق ص١٤٣ وما بعدها.

[3] يراجع ملحق المجموع الصفوي ص٢٤. الدكتور توفيق حسن فرج المرجع السابق ص٣٢٠.

[4] يراجع نصر والفي المرجع السابق ص٣٨٤.

[5] يراجع الدكتور احمد سلامة المرجع السابق ص١٤٣.

رابعا ـ الحكم على أحد الزوجين بعقوبة مقيّدة للحرية:

ويعتبر هذا السبب حديث العهد بالنسبة الى بقية الأسباب حيث لم يرد في مجموعاتهم الشرعية القديمة كالمجموع الصفوي ومصباح الظلمة وغيرهما. ونصت المادة (٥٢) من مشروع مجموعة (١٩١٧) على جواز التطليق إذا حكم على أحد الزوجين بعقوبة مقيدة للحرية لمدة خمس سنوات. وقد رأى شراح الأقباط من أول الأمر مخالفة هذا النص للقوانين الكنيسة واعتبروه مشتقا من القانون المدني الفرنسي[1] ثم أقرّته مجموعة (١٩٣٨) بالشكل الآتي:

الحكم على أحد الزوجين بعقوبة الأشغال الشاقة أو السجن أو الحبس لمدة سبع سنوات فأكثر يسوغ للزوج الآخر طلب الطلاق. ونصت عليه أيضاً المادة (٥١) من مشروع ١٩٥٥. ولهذا السبب شرطان:

١ـ أن يصدر حكم بعقوبة مقيّدة للحرية على أحد الزوجين مدة لا تقل عن سبع سنوات[2].

٢ـ أن يكتسب الحكم الدرجة القطعية.

والتطليق لهذا السبب جزاء اجباري لان العقوبة المقيدة للحرية تتضمن ايذاء ومضرة للآخر نشأت عن عدم التزام المحكوم عليه بواجبات الشرف والأمّانة وغير ذلك مما يستوجب القانون والزواج مراعاته.

وليس للزوج المحكوم عليه أن يدفع بسبق ارتكاب قرينه جريمة مماثلة اذ لا مقاصة في هذه الأمور.

خامسا ـ المرض (الجنون. والأمراض المعدية. وغيرها):

تضمنت مجموعاتهم الشرعية كالمجموع الصفوي والخلاصة القانونية القول بان من أسباب التطليق الجنون والعنّة والأمراض التي تمنع من تحقيق غايات الزواج.

وقد دأب الشراح المسيحيون على القول بان للزواج غايات يرمي الى تحقيقها وهي: طلب النسل، وتحصين الزوجين من ألم الشهوة، والتعاون على الحياة.

---

[1] يراجع جرجس فيلو تأوس مشروع قانون الاحوال الشخصية طبعة القاهرة ١٩١٨ ص٢٩.

[2] يراجع الدكتور احمد سلامة المرجع السابق ص١٨٧.

والمرض يؤدي الى أن يصبح الزواج غير قادر على تحقيق أغراضه. ونصت المادة (٥٥) من مشروع ١٩١٧ على أن اصابة أحد الزوجين بالجنون أو الجذام واصابة الزوج بالعنّة تبيح الطلاق اذا مضت خمس سنوات على المرض وثبت أنه غير قابل للشفاء، وانه مانع من الاختلاط الجنسي. ونصت المادة (٥٤) من مجموعة ١٩٣٨ على جواز التطليق لكل مرض معد يخشى منه على سلامة الآخر، للجنون المطبق اذا مضى على المرض والجنون ثلاث سنوات وثبت أنه غير قابل للشفاء[1].

أمّا مجموعة سنة ١٩٥٥ فتقتصر على الجنون والعنّة في المادة (٥٢) التي تنص على أنه اذا أصيب أحدهما بجنون مطبق جاز للآخر طلب الطلاق اذا مضى عليه خمس سنوات وثبت أنه غير قابل للشفاء. وللزوجة طلب الطلاق اذا أصيب الزوج بمرض العنّة وثبت أنه غير قابل للشفاء، وكانت الزوجة في سن يخشى عليها فيه من الفتنة ولم يكن قد مضى على الزواج خمس سنوات.

شروط التطليق للمرض:

١ـ اصابة أحد الزوجين بالمرض.
٢ـ صعوبة الحياة الزوجية وعدم تحقق أغراض الزواج.
٣ـ أنقضاء مدة معقولة للتيقن من الشفاء.
٤ـ أن يكون المرض على درجة من الخطورة بحيث لا يمكن المقام مع المريض الا بضرر.

والتطليق عندهم للأمراض بكافة صورها علاجي واختياري فللقاضي أن يلعب دوراً كبيراً في تقدير الأمراض[2].

سادسا ـ اعتداء أحد الزوجين على الآخر:

أقرت هذا السبب شريعة الأقباط الأرثوذكس في مجموعاتهم الشرعية كقوانين الملوك والمجموع الصفوي والخلاصة القانونية[3]. ونصت مجموعة ١٩٣٨ على أنه اذا اعتدى أحد

---

[1] يراجع ايهاب اسماعيل المرجع السابق ص١٥٩ وما بعدها.
الدكتور توفيق المرجع السابق ٣٣٠.
[2] يراجع الدكتور توفيق حسن فرج المرجع السابق ص٣٣١.
[3] يراجع المرجع السابق ص١٨٨.

الزوجين على حياة الآخر أو اعتاد على الايذاء ايذاءً جسيماً يعرض صحته للخطر جاز للزوج المجني عليه أن يطلب الطلاق. وورد مثل هذا النص في المادة (٥٣) مـن مشـروع ١٩٥٥. ولهذا السبب شروط ثلاثة:

١ـ أن يقع اعتداء أحد الزوجين على الآخر اعتداءً مادياً بالاتفاق أو أدبياً (أو معنوياً). على الخلاف حول ما اذا كان يمكن أن يتحقق الاعتداء بوسائل أدبية.

٢ـ وان يصل هذا الاعتداء حداً من الخطورة.

٣ـ وان يعود على الزوج المعتدى عليه ضرر تستحيل معه الحياة الزوجية[1].

ويعتبر هذا السبب من الأسباب العقابية والاختيارية للتطليق فيتدخل القاضي بسـلطته التقديرية لتقدير خطورته وتأثيره على الحياة الزوجية[2].

سابعا . افتراق الزوجين (الهجر والنفور)

واعتدت مجموعاتهم بافتراق الزوجين كسبب مـن أسـباب التطليـق اذا تـوفرت الشـروط التالية:

١ـ التفرقة مدة حددتها مجموعة ١٩٣٨ في المادة (٥٧) والخلاصة القانونية: بـان لا تقـل عن ثلاث سنوات.

٢ـ أن يكون سبب الفرقة خطأ من المدعى عليه وقد عبرت عنها مجموعـة ١٩٣٨ بانهـا اخلال أحد الزوجين بواجباته نحو الآخر أو اساءة معاشرته.

٣ـ استحالة عودة الحياة الزوجية، أي يبلغ الأمر حداً يتعـذر معـه الابقـاء علـى الحيـاة الزوجية.

ويعتبر التطليق لهذا السبب جزاء وعقوبة توقع على الـزوج المتسـبب في ذلـك باخلالـه بواجباته الزوجية التي أدت الى الفرقة. الا أن التطليق في هذه الحالة اختياري وليس الزامياً، فللقاضي سلطان الارادة في رفض التطليق على الرغم مـن تـوفر الوقـائع المكونـة للسـبب المدعى به.

---

[1] يراجع نصر والفي المرجع السابق ص٣٦١.

[2] الدكتور جميل للشرقاوي المرجع السابق راجع لهاب اسماعيل المرجع السابق ص٢٠٢.

ثامناً . الخروج عن الدين المسيحي:

نصت المادة (٥١) من مجموعة قواعد ١٩٣٨ على أنه اذا خرج أحد الزوجين عن الديانة المسيحية وانقطع الأمل من رجوعه اليها جاز للزوج الآخر طلب الطلاق.

ونصت المادة (٤٩) من مشروع ١٩٥٥ على أنه يفسخ الزواج اذا خرج أحد الزوجين عن الدين المسيحي[1]. ويبدو من هذا أن الخروج عن الدين سبب لانحلال الزواج بحكم القانون أي ينفسخ تلقائياً.

آثار الطلاق عند الأقباط الأرثوذكس:

أ ـ زوال الرابطة الزوجية.

ب ـ العدة: وهي الأجل الذي تتربص فيه الزوجة لنفسها بعد انحلال زواجها ولا تستطيع الزواج حتى تتأكد من براءة رحمها من حمل لزوجها السابق. ونصت المادة (٢٦) من مجموعة ١٩٣٨ على أن مدة العدة عشرة أشهر ميلادية كاملة من تاريخ الوفاة أو الطلاق. واقرت هذه المجموعة أخيراً أن عدة الحامل تنقضي بوضع الحمل أخذاً بما جاء في الشريعة الاسلامية.

ج ـ امكان عقد زواج جديد، فلكل منهما أن يستانف الحياة الزوجية مع زوج آخر.

---

[1] اهاب اسماعيل المرجع السابق ص٢٣٣.
توفيق حسن فرج، احكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين ص٣١٨.

المبحث الثاني
انحلال الزواج عند الأرمن الأرثوذكس

تنتهي رابطة الزوجية عندهم بطريقتين: (الابطال والطلاق):

أ ـ الابطال:

يحكم بابطال الزواج من المحكمة المختصة اذا ثبت لديها سبب من الأسباب الآتية:

١ـ عدم سلامة رضاء أحد الزوجين لغلط أو اكراه.

٢ـ عدم تمام السن القانوني ما لم يكون الزواج قد رخص من السلطة الكنسية بموجب اذن خاص.

٣ـ العجز الجنسي بسبب طبيعي أو عرضي في أحدهما أو في كليهما.

٤ـ ارتباط أحدهما بزواج سابق.

٥ـ وجود قرابة مانعة من الزواج

٦ـ عدم موافقة ولي الأمر على الزواج.

٧ـ اذا اختطفها الزوج بقصد الزواج.

ولأسباب أخرى يقرها عرف المحيط الذي يعيش فيه الأرمن الأرثوذكس.

ب ـ الطلاق:

يكون لكل من الزوجين حق طلب التطليق من القاضي لسبب من الأسباب الآتية:

١ـ زنا أحدهما[1].

٢ـ محاولة أحدهما قتل الآخر[2].

---

[1] يراجع المادة (٣٨) من قواعد الأرمن الارثوذكس. لهاب اسماعيل.

[2] يراجع المادة (٤١) المرجع السابق.

٣ـ الحكم على أحدهما بجناية مخلة بالشرف مدة لا تقل عن ثلاث سنوات.[١]
٤ـ اساءة معاملة أحدهما مع الآخر.
٥ـ تهرب أحدهما من الحياة الزوجية والمساكنة مع الآخر.
٦ـ تبديل الدين[٢].
٧ـ جنون أحدهما اذا مضى عليه خمس سنوات أو ثبت طبياً عدم شفائه[٣].
٨ـ غياب أحدهما خمس سنوات متواليات[٤].

المبحث الثالث

انحلال الزواج عند السريان الأرثوذكس

تنتهي العلاقة الزوجية عند السريان بطريقتين: طريقة الفسخ وطريقة الانفساخ[٥]، ولا سلطان لارادة الزوجين في المطالبة بانهاء الرابطة الزوجية بهاتين الطريقتين الا بعد تحقق سبب من الأسباب المحددة فيهما.

وبالاضافة الى ذلك أقرت شريعة السريان فكرة التفريق الجسماني في حالات خاصة ولأسباب معينة. وسنتعرض للصور الثلاث مع بيان موجز لأسبابها:

١. الفسخ بالحكم:

يجوز فسخ الزواج بحكم من المحكمة وبطلب من أحد الزوجين في حالة من الحالات التالية:

---

[١] يراجع المادة (٤٠) المرجع السابق.
[٢] يراجع المادة (٤٢) المرجع السابق.
[٣] يراجع المادة (٣٦) المرجع السابق.
[٤] يراجع أنطوان قسيس، الأحوال الشخصية لغير المسلمين. ص١٠٩ـ١١٥. توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين ص٣٥٠.
[٥] يختلف الانفساخ عن الفسخ ففي الأول يزول بأثر رجعي ويعتبر كانه لم ينشأ بينما الفسخ كالطلاق يفك ميثاق الزواج في المستقبل ولا يمس ما في الماضي غالباً.

١ـ اذا تصرفت الزوجة ببكارتها وثبت ذلك طبياً وظهر له في أول اختلاء بها.
٢ـ اذا زنت الزوجة برضاها في سن تزيد على أربع عشرة سنة.
٣ـ اذا ارتد أحدهما وأهمل مدة لغرض الرجوع وانقطع أمل عودته.
٤ـ اذا ساء سلوك الزوجة كان شربت أو لهت مع الغرباء دون رضاء الزوج ووجهت اليهـا ارشادات دينية ثم فرق بينهما سنة ولم ترجع عن غيها على الرغم من ذلك.
٥ـ للبطريريك سلطة تقديرية في اضـافة اسـباب أخرى أو حـذف بعـض مـن الأسـباب المذكورة حسب النظام الكنسي.

ب . الانفساخ تلقائيا:

ينفسخ الزواج بلا حكم من المحكمة في الحالات التالية:
١ـ اذا كان أحدهما مرتبطاً بزواج سابق.
٢ـ اذا كان أحدهما مترهباً قبل العقد ولم يستحصل اذناً بالزواج من البطريركية.
٣ـ اذا تظاهر أحدهما بالنصرانية ولم يكن كذلك في الواقع وعرض عليـه الـدخول فيهـا وحددت له مدة ثم أبى أنفسخ زواجه.
٤ـ اذا كان في أحدهما عجز جنسي وثبت طبياً عدم زواله بعد أنتظار سنة.

ج . التفريق الجثماني:

يحكم بالتفريق الجثماني في الحالات الآتية:
١ـ اذا زنا الزوج في منزل الزوجية أو لحق بها في مسكنها خليلته.
٢ـ اذا اتفق أحد الزوجين مع الغير على الاضرار بحياة الآخر وعلم بذلك فسكت.
٣ـ اذا حرض زوجته على الفساد في العرض أو الدين.
٤ـ اذا هجر أحدهما الآخر دون عذر مدة ثلاث سنوات ولم يقتنع بالرجوع عن ذلك رغـم تكرار الارشادات الدينية.
٥ـ للمحكمة المختصة سلطة الحكم بالتفريق الجثماني لأسباب أخرى طارئـة وفـق النظـام الكنسي.

آثار الفسخ والانفساخ:

١- لكل منهما استئناف الحياة الزوجية مع زوج آخر، اذا لم يكن السبب هو الزنا أو الارتداد.

٢- تستحق الزوجة كامل حقوقها الا في الحالات التالية:

أ - اذا علمت قبل الزواج بعجز زوجها الجنسي، وكانت هي طالبة الفسخ.

ب - اذا كان العجز الجنسي من الزوجة ولم يعلم به الزوج قبل العقد.

ج - اذا كان الفسخ بسبب آخر من الزوجة.

٣- اذا علم الزوج بسبب الزوجة قبل العقد يضاعف مهرها وجهازها ما دام هو الطالب للفسخ.

٤- اذا كان السبب منها، تكون الرضاعة على الأم والنفقة والتربية على الأب.

آثار التفريق الجثماني:

١- اذا كان السبب منها، تفقد نفقتها وحقها من طلب المعاشرة طيلة مدة الفراق.

٢- اذا كان السبب منه، فعليه نفقتها وليس له طلب معاشرتها.

٣- اذا كان السبب منها، تكون الرضاعة على الأم والنفقة والتربية على الأب[1].

---

[1] يراجع المواد (١٧،٣٢،٣١، ٣٤، ٣٥، ٣٩) من احكام الاحوال الشخصية للسريان الأرثوذكس في المجموعة الدائمة للقوانين والانظمة العراقية الموحدة. ويؤخذ مما جاء في المادة (٣٤) من أن لكل منهما الزواج بعد الفسخ مرة أخرى الا المطلقة للزنى والارتداد.
ومما جاء في المادة (٣٧) من أن الام هي الحاضنة اذا كانت متعدية وطلقت. أن الفسخ في تشريع السريان يعني نفس مفهوم الطلاق.

المبحث الرابع

انحلال الزواج عند الروم الأرثوذكس[1]

تنتهي رابطة الزوجية عندهم بطرق ثلاثة: (الابطال، والفسخ، الطلاق).

أولا . الابطال:

يحكم ببطلان الزواج اذا أجري مخالفاً لأحكام الكنيسة الأرثوذكسية.

ثانيا . الفسخ:

يفسخ الزواج بحكم المحكمة وبطلب من أحدهما في الحالات التالية:

١ـ اذا ارتدَّ أحدهما[2].

٢ـ اذا حاول أحدهما القضاء على حياة الآخر.

٣ـ اذا جن أحدهما جنوناً مطبقاً غير قابل للشفاء بشهادة طبيّة وقد مضى عليه ثلاث سنوات.

٤ـ اذا أصيب أحدهما بالجذام.

٥ـ اذا حكم على أحدهما بالسجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات في جريمة مخلة بالشرف.

٦ـ اذا أهمل أحدهما الآخر ثلاث سنوات مع سوء القصد.

٧ـ اذا اختار أحدهما الرهبنة.

٨ـ اذا وجد عجز جنسي لدى أحدهما ودام ثلاث سنوات أو ثبت دوامه طبياً.

٩ـ اذا تم الزواج بالاكراه.

---

[1] نشأ هذا المذهب سنة ١٩٠٥م.

[2] يراجع المادة (١٤) من قواعد الروم الارثوذكس. راجع ايهاب اسماعيل المرجع السابق ص٢٤٣.

ثالثا . الطلاق:

أ ـ لكل منهما طلب الطلاق اذا ثبت زنا الآخر، أو اعتداؤه على حياته[1].

ب ـ للزوج طلب الطلاق في الحالات الآتية:

١ـ اذا وجدها فاقدة البكارة ولم يعلم بأمرها قبل الزواج ورفع الأمر فوراً الى الرئاسة الروحية المحلية بعد العلم.

٢ـ اذا قامت بما هو مظنة التهمة لترددها على مشبوه أو قضاء الليالي خارج البيت دون اذن من الزوج وبلا محرم.

٣ـ اذا أجهضت حملها منه.

٤ـ اذا امتنعت من السفر معه الى محل اقامته بعد حكم المحكمة بذلك.

ج ـ للزوجة طلب الطلاق في حالتين:

١ـ اذا دفعها زوجها للزنا.

٢ـ اذا اتهمها أمام السلطة الرسمية بالزنا دون الاثبات.

آثار انحلال الزواج:

١ـ لها بائنتها أن لم يكن لها أولاد والا فتترك للزوج لتربيتهم.

٢ـ على المسبب نفقة الآخر حسب مقدرته اذا كان محتاجاً الا اذا كان السبب هو الجنون فعندئذ يجب على السليم نفقة المجنون.

٣ـ لا يجوز الزواج مرة ثانية الا بعد اكتساب حكم الانحلال الدرجة القطعية، ومرور سنة بالنسبة لسبب الطلاق وبرخصة من الرئاسة الروحية.

٤ـ العدة ومدتها أربعة أشهر أن لم تكن حاملا والا تنقضي عدتها بوضع حملها.

٥ـ الحضانة لمن لم يكن مسبباً في الطلاق.

٦ـ مصاريف الأولاد على الأبوين حسب المقدرة[2].

---

[1] المادة (٨) من قواعد الروم الارثوذوكس راجع ايهاب اسماعيل ص١٩١.

[2] يراجع نادر ميخائيل الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ص١٢٩ـ ص١٢٨. أنطوان قسيس الأحوال الشخصية لغير المسلمين ص١٠٤ـ١٠٧. يراجع المواد ٦ـ١٢ من قانون الزواج والطلاق للروم الأرثوذوكس الصادر سنة ١٩٣٧م والمعول عليه في الوقت الحاضر.

تقويم المذهب الأرثوذكسي:

أ ـ لهذا المذهب محاسن منها:

١ـ القول بإباحة الطلاق في حدود معقولة ولأسباب معلومة أمر يتفق مع روح جميع الشرائع السماوية التي أتت لتحقيق مصلحة المجتمع البشري بجلب المنفعة لهم ودرء المضرة عنهم، لتأمين سعادتهم في الدنيا والآخرة.

والطلاق في بعض الحالات يعتبر وسيلة لازالة المضرة القائمة في الحياة الزوجية.

٢ـ تأثر بعض فقهاء المذهب الأرثوذكسي بالفقه الاسلامي، وتنظيم أحكام الطلاق وبواعثه في ضوء هذا التأثير من سمات تحلي هؤلاء الفقهاء عن رذيلة التعصب، اذ كل تعصب أياً كان مصدره ومهما كان لونه يعتبر من الصفات الرذيلة للانسان المخلوق من أب واحد وأم واحدة، وبوجه خاص في مجال التشريعات السماوية التي تعتبر اللاحقة منها مكملة للسابقة، والكل ـ باستثناء ما مسته يد التحريف ـ مستقاة من سلطة تشريعية واحدة وهي السلطة الالهية، كما نطق بذلك القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحاً وَالَّذِي أوحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أن أَقِيمُوا الدِّينَ وَلا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ﴾[1].

ب ـ ويمكن أن ترد عليه بعض الملاحظات منها:

١ـ يوجه الى طائفة السريان الأرثوذكس نفس النقد الموجه الى الكاثوليك والبروتستانت بالنسبة لاقرار فكرة التفريق الجثماني (حالة اللازواج واللاطلاق)، لما يترتب على هذا النوع من التفريق من مساوئ اجتماعية وأخلاقية تضر بحياة الزوجين مباشرة وبالمجتمع بصورة غير مباشرة.

---

(1) ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحاً وَالَّذِي أوحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أن أَقِيمُوا الدِّينَ وَلا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ كَبُرَ عَلَى الْمُشْرِكِينَ مَا تَدْعُوهُمْ إِلَيْهِ اللَّهُ يَجْتَبِي إِلَيْهِ مَنْ يَشَاءُ وَيَهْدِي إِلَيْهِ مَنْ يُنِيبُ﴾(الشورى:١٣).

٢ـ توسعت بعض الطوائف الأرثوذكسية في أسباب الطلاق أكثر من الحاجة الماسة الى استخدام وسيلة الطلاق لعلاج المشاكل الزوجية، في حين أن هذا التوسع يتعارض مبدئيا مع أصل فكرتها من قدسية الزواج وعدم قابليته للانفصام الا للضرورة.

٣ـ لو تتبعنا أسباب الطلاق في المذهب الارثذوكسي (جميع الطوائف) لوجدنا أن الطلاق في أكثر الحالات يأخذ طابع العقاب مع أنه نظام شرع ليكون آخر وسيلة علاجية لمشكلة زوجية مستعصية.

٤ـ اعتبار الخروج عن الدين مبررا للتطبيق أو ٠وجبا للطلاق تلقائيا كما يقول البعض يعطل تطبيقه حكم قاعدة الاسناد في التنازع بين الشرائع الداخلية للأحوال الشخصية.

ففي حالة اسلام الزوج المسيحي وتمسك الزوجة المسيحية بدينها لا يعتبر الاختلاف في الدين في هذه الحالة سبباً للتفريق القضائي أو موجباً لوقوع الطلاق تلقائياً في جميع قوانين الاحوال الشخصية للمسلمين.

الفصل الثالث
الطلاق عند البروتستانت [1]

كانت الكنيسة المسيحية واحدة في البداية وظلت كذلك فترة طويلة حتى انفصلت عنهـا الكنيسـة الارثوذكسية في القرن الحادي عشر الميلادي والكنيسـة البروتستانتية في القـرن السادس عشر. على أن الخلاف الذي قـام عليـه انفصـال البروتسـتانت عـن الكنيسـة الكاثوليكية لم يمنع تأثر القواعد التي وضعها المـذهب الجديـد بمبـادئ القـانون الكنسـي الكاثوليكي على نطاق واسع ومع ذلك فقد أتى المذهب بتغييرات في تنظيم بعض المسـائل التي كان يحكمها القانون الكنسي. منها القول بان (الزواج نظام مدني لا قدسية له).

وكانت هذه النظرة الى الزواج هي الأسـاس الـتي اسـتند اليـه بعـض القـوانين المتـأثرة بالتعاليم المسيحية: في اقرار اباحة الطلاق كالقانون الانجليزي حيث كان الطـلاق غـير جـائز بموجبه الى عام ١٩٣٧م الا بسبب الزنى. ففي هذه السنة عرض البرلمان البريطاني القانون.

الذي استحدث أسباباً أخرى للطلاق. وقد وافق عليها مجلس العموم بعد مناقشات حـادة استغرقت وقتاً طويلاً. وقد خيف أنذاك من قبوله في مجلس اللوردات، ولكن موقف اللوردات من رجال الكنيسـة البروتستانتية كان سبباً في موافقة المجلس علـى القـانون. فقـد أعلـن أسقف كنتر بري أنه كرئيس للكنيسة البروتستانتية ليس مع المشروع ولكنه كرجـل دولـة لا يمكنه أن يعارض قانوناً يطلبه بوضوح جزء كبير من الرأي العام، وتبعه في هذا الآخرون مـن رجال الكنيسة[2]. ويعزى كل ذلك الى فكرة اعتبار الزواج نظامًا مدنياً لا يحمل قدسية تحرم الانفصام مدى الحياة.

---

[1] عندما حاولت السلطة المدنية في المانيا تنفيذ قرار الحرمـان الـذي أصـدره البابـا ضـد مـارتن لوثر بسبب أنفصاله على الكنيسة اجتمع حوله بعض الانصار احتجوا على ذلك فـأطلق عليهم تسمية المحتجين (البروتستانت).

[2] أحلال الزواج المرجع السابق ص١٨.

وعلى الرغم من هذا التغيير الذي اتى به المذهب البروتستانتي فـان موضـوع الطـلاق أنحصر في دائرة ضيقة في مجال الأسباب المبررة له حيث لم يتجاوز مجموع هـذه الأسـباب لـدى جميع الطوائف المنتمية الى الكنيسـة البروتستانتية عن ثلاثة وهي (الزنى، والارتداد عن دين المسيح، والهجر المتعمد) بل ظل الـبعض متمسـكاً بـنفس الموقـف الكـاثوليكي في تحـريم الطلاق تحريماً باتاً أياً كان السبب كما يبدو من التفصيل الآتي:

أ ـ تمسكت فرقة التقليديين بما أقرته الكنيسـة الكاثوليكية بصدد الطـلاق فلـم يعـدلوا عن هذا الاتجاه قيد نقيرة.

وهـم الطائفـة اليونانيـة، والاسـقفية، والانجيليكانيـة، واليعقوبيـة، والنسـطورية، والكلدانية[1].

ب ـ وفئة من البروتستانت حصرت الطلاق على حالة واحدة فقـط وهـي حالـة الخيانـة الزوجية (الزنى)، فاذا زنى أحد الزوجين جاز للآخر طلب الطلاق.

ج ـ وأضاف البعض الآخر الى الزنى سبباً آخر وهو الارتداد عن الديانـة المسـيحية وهـم الانجيليون المتمسكون بالانجيل فقط ولا يعترفون بغير ما جـاء فيـه خلافـاً لمـا عليـه المذهب الكاثوليكي من اعتبار أقوال البابا تشـريعاً دينيـاً يلـي نصـوص الكتـاب المقـدس في المرتبـة. والمعـروف أن الانجيلـيين عبـارة عـن اللوثرانيـة، والكونيـة، والكليطانية.

وقد نصت المواد (١٧ـ١٩) من قانون الأحوال الشخصية لطائفة الانجيلـيين في مصـر على أحكام الطلاق. ونصت المادة (١٨) منه على أنه: (لا يجوز الطلاق الا بحكم مـن المجلس العمومي وفي الحالتين الآتيتين:

أولا ـ اذا زنى أحد الزوجين وطلب الطلاق الزوج الآخر.

ثانيا ـ اذا اعتنق أحد الزوجين ديانة أخرى غير الديانة المسيحية وطلب الـزوج الآخـر الطلاق.

وهم استندوا في القول باباحة الطلاق لزنى أحد الزوجين الى أنجيـل مـتي الـذي نـص على ذلك. وغني عن البيان أن الزنى الحقيقي (اتصال أحد الزوجين جنسـيا بشـخص آخر أثناء قيام الرابطة الزوجية) سبب يعطي الزوج الآخر حق طلب الطـلاق. وكـذلك

[1] ينظر فاروق الدملوجي، حياة السيد المسيح ص٢٣٠.
الدكتور الشرقاوي، محاضرات في الاحوال الشخصية لغير المسلمين والاجانب ص١٣٠، ١٣١.

من الواضح أن هذا الاتصال يعتبر الزنى ولو مع عقد الزواج لان الـزواج الثـاني في نظر الشريعة المسيحية يعتبر باطلا ما دام الزواج الأول باقياً.

لكن الذي يثير الشك هو هل يمكن أن يفسر لفظ (الزنى) بمفهوم أوسع بحيـث يشـمل سوء السلوك وان لم يصل هـذا السـلوك الى الاتصـال الجنسـي؟ لم أطلـع علـى ذلـك بالنسبة للبروتستانت، ولكن لدى الاقباط الارثوذكس الجواب بالايجاب. فقـد جـاء في المسألة (٢٥) من الخلاصة القانونية للأقبـاط الارثـوذكس: (اذا تمـادت المـرأة علـى إجراء ما يستلزم افسـاد عفتها كما اذا سكرت أو سمحت الملاهي مع رجال أجانـب، أو ترددت الى أماكن اللهو بدون اذن الرجل وما يجري مجـرى ذلـك ممـا يشـين عرضـها، ويعرّضها لخطر الفسـاد ولم تنته، ولم تتب واستمرت بعد نصحها وتوبيخها وردعها من الرئيس مرات مواظبة على قباحتها يكون ذلك موجباً لفراقهـا مـن الرجـل بفسـخ زيجتها). هذا بالنسبة الى الزوجة.

أمّا بالنسبة الى سوء سلوك أحد الزوجين فقد نصت المـادة (٥٦) مـن مجموعـة سـنة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس على أنه (اذا ساء سلوك أحد الـزوجين وفسـدت أخلاقـه وانغمس في حمأة الرذيلة ولم يجد في اصلاحه توبيخ الرئيس الـديني ونصـائحه فللـزوج الآخر أن يطلب الطلاق) ويبدو من هذا أن الامر لا يقف عن الزنى بـالمعنى السـابق (الاتصال الجنسي) بل يشمل سوء السـلوك أيضـاً ويمكـن القـول بـان المحـاكم قـد استقرت على ذلك في الوقت الحاضر[1].

أمّا بالنسبة الى الخروج عن الديانة المسيحية فان الانجيليين يعتبرون هـذا الخـروج زنـاً روحياً أو موتاً حكمياً وبهذا التأويل لا يعتبرون أنفسهم خارجين عما جاء في الانجيـل. وبناء على ذلك اذا تم الزواج بين مسيحيين ثم خرج أحدهما عـن ديانتـه كـان ذلـك سبباً لانهاء الرابطة الزوجية بالتطليق. وهذا السبب مشترك بـين الطوائـف المسـيحية التي تبيح التطليق اذ يرون أن من خرج عن ديانته الى ديانة أخرى يقطع مـن عـداد المؤمنين ويعتبر في حكم الميت[2]. وقد نص على هذا السبب في المجموعـات القديمـة والحديثة.

---

[1] ينظر الدكتور توفيق حسن فرج، احكـام الاحـوال الشخصـية لغـير المسـلمين المرجـع السـابق ص٣١٦-٣١٧.

[2] المرجع السابق ص٣١٨.

د ـ وقد استحدثت بعض الطوائف الأخرى البروتستانتية سبباً آخـر بالاضـافة الى الزنـى وهو الهجر المتعمد فقالوا: لا يجوز الطلاق الا في حالتين:

١ـ حالة الزنى استنادا الى أنجيل متي.

٢ـ حالة الهجر المتعمد بان يهجر أحد الزوجين الآخر.

استناداً الى المصادر الاخرى من رسائل بولص[1].

ولم أجد تحديداً لمدة هذا الهجر في المراجع المتعلقة بالمذهب البروتستانتي.

تقويم المذهب البروتستانتي في الطلاق:

أ ـ يمكن أن يعتبر من محاسن هذا المذهب ما يلي:

١ـ اتخاذ موقف وسط معتدل بين رفض الكاثوليك للطلاق رفضاً باتاً، وبين توسيع الارثوذكس توسيعاً خارجاً عن حدود الضرورة.

٢ـ اعتباره الزواج نظاماً مدنياً خالياً من قدسية تعطيه صفة الدوام وعدم الانفصـام مدى الحياة.

وبذلك فتح الباب أمّام بعض الدول المتأثرة بالتعاليم المسيحية لاستحداث اسـباب تبرر الطلاق، كما حدث ذلك بالنسبة الى أنكلترا.

ب ـ وقد ترد عليه بعض الملاحظات منها:

١ـ وجود نوع من التناقض بين إعتبار الزواج نظاماً مدنياً وبين تضييق نطاق الطلاق الى حد بعيد لان القول بكون الزواج نظاماً مدنياً يعني اعطاء السلطات الزمنية حق الفصل في طلبات الطلاق والحكم به كلما دعت الحاجة الى ذلك.

٢ـ اقرار الانفصال الجثماني من قبل المذهب الكاثوليكي[2] الى جانب القول بالطلاق رجوع الى نفس المحظور الذي ابتعد عنه عن طريق الاعتراف بالطلاق والذي قـد يترتب عليـه بصـفته حالـة تقـوم علـى الـلازواج واللاطـلاق مفاسـد أخلاقيـة واجتماعية.

---

[1] ينظر الاصحاح السابع العدد (١٥) .

[2] كما جاء ذلك في المواد (١٤ـ١٦) من قانون الانجيليين الوطنيين في مصر.

ينظر الشرقأوي، محاضرات الأحوال الشخصية لغير المسلمين الوطنيين والاجانب ص١٣١.



الباب الرابع

الطلاق في الإسلام

ويتضمن:

الفصل الأول: الطلاق

الفصل الثاني: صيغة الطلاق

الفصل الثالث: المطلق

الفصل الرابع: المطلقة

الفصل الخامس: الطلاق بإرادة الزوجين (الخلع)

الفصل السادس: التفريق القضائي





الفصل الأول
الطلاق

نوزع دراسة هذه الموضـــوعات علـــى أربعـــة مباحث:

المبحث الأول : تعريفه. مشروعيته. حكمه.

المبحث الثاني : حكمة تشريع الطلاق.

المبحث الثالث : من له حق الطلاق.

المبحث الرابع : خطوات الطلاق .

المبحث الأول

تعريفه. مشروعيته. حكمه

تعريفه:

لغة: هو رفع القيد الحسي أو المعنوي.

وشرعاً: رفع قيد الزواج في الحال أو في المآل، بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه.

ذلك تعريفه عند من يرى أن الطلاق اذا كان بائنا ترتب عليه حل عقدة النكاح في الحال، فيحرم على الزوج أن يتمتع بزوجته بعده. واذا كان رجعياً ترتب عليه حل هذه العقدة مآلا أي عند أنتهاء العدة، فهي اثناء العدة زوجته فلا يُحرم عليه أن يتمتع بها، وهو ما ذهب اليه الحنفية[1] والجعفرية[2] وجمهور الحنابلة[3] والزيدية[4] والأباضية[5]. ومن قال بتحريم الاستمتاع بها كالشافعية[6] وبعض الحنابلة يرى أن الطلاق رفع قيد الزواج في الحال. وهذا هو الراجح، والمفروض على هذا الرأي الأخير أن المطلقة طلاقا رجعيا لا يلحقها الطلاق، أي لا تُطلق قبل الرجعة لانها ليست زوجته، والطلاق تابع للزواج، والزواج رُفع بالطلاق الرجعي، فلا يلحقها طلاق آخر قبل ارتجاعها رغم عدم أنتهاء العدة، وهو رأي مطابق لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[7]، واللام في (لعدتهن) للتوقيت، أي في وقت تبدأ عدتهن مباشرة بعد الطلاق، وبناءً على ظاهر هذه الآية أن

---

[1] يراجع شرح فتح القدير لابن الهمام ١٦١/٣.

[2] يراجع الخلاف للطوسي ٩٨/٢.

[3] يراجع المغني والشرح الكبير ٤٧٧/٨.

[4] يراجع التاج المذهب ١٢٩/٢.

[5] يراجع النيل وشفاء العليل ٥٢١/٣ نقلا عن احمد الغندور الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون ص٣٤.

[6] يراجع المهذب لأبي اسحاق الشيرازي ١٠٢/٢.

[7] سورة الطلاق: ١.

المطلقة طلاقاً رجعيا لا يلحقها الطلاق إلا بعد ارتجاعهـا، لان تطليـق المطلقـة وبـدأ المعتـدة بالعدة بعد الطلاق الجديد تحصيل الحاصل وهو باطل بل مستحيل باتفاق العقلاء.

والطلاق نوعان: رجعي وبائن.

الرجعي: من حيث الماهية كل طلاق بعد الدخول بدون عـوض لمرتين (الأولى والثانيـة) قبل أنتهاء عدتها.

ومن حيث الحكم هو الذي يملك الزوج فيه مراجعة زوجته ما دامت في العدة دون عقد جديد ومهر جديد بحضور شاهدين.

البائن: من حيث الماهية هو كل طلاق قبل الدخول أو بعوض أو للمـرة الثالثـة أو بعـد أنتهاء عدة المطلقة.

ومن حيث الحكم هو الذي لا يملك فيه الزوج أن يراجعها اليه الا بعقد ومهر جديدين.

والبائن بالتطليقة الأولى والثانية بينونة صغرى تحل لزوجهـا اعادتهـا بعقـد جديـد دون حاجة الى أي اجراء آخر.

والبائن بالتطليقة الثالثة بينونة كبرى، فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجـاً غـيره، ثـم يفارقها بسبب من أسباب الفرقة وتنتهي عدتها، وبعد هذه الإجراءات اذا أراد الـزوج الأول استئناف العلاقة الزوجية معها فله ذلك.

وبناءً على ما ذكرنا يكون الطلاق رجعيا إلا في الحالات التالية:

١ـ الطلاق قبل الدخول باجماع فقهاء الشريعة الاسلامية.

٢ـ الطلاق المكمل للثلاث باتفاق الفقهاء.

٣ـ الطلاق مقابل عوض (الخلع) عند جمهور الفقهاء[1].

٤ـ الطلاق ببعض صيغ الكنايات عند الحنفية والمالكية[2].

٥ـ الفرقة بالتفريق القضائي في بعض الحالات عند من يراه طلاقاً، لا فسخاً[3].

---

(1) خلافا لبعض الفقهاء كالزيدية. ينظر الدراري المضيئة للشوكاني ٢/٧٤.

(2) ينظر المبسوط للسرخسي ٦/٧٣.

(3) ينظر فرق الزواج للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص١٩٦ وما بعدها.

الثمرة التي تترتب على التفريق بين الطلاق البائن والرجعي:

١ـ اذا مات أحد الزوجين قبل أنتهاء العدة يرثه الآخر في الطلاق الرجعي، بخلاف البائن حيث تنتهي به العلاقة الزوجية منذ اللحظة الأولى.

٢ـ اذا عاشرها الزوج أو قبّلها أو لاعبها أو تمتع بها بأية طريقة أخرى، يعتبر كل ذلك اعادة للزوجة الى عصمته مطلقاً عند الجمهور ومع النية عند المالكية، لان الطلاق الرجعي لا يرفع عقد النكاح عند جمهور الفقهاء، خلافا للشافعية فعندهم يرفع قيد النكاح ولا تجوز معاشرتها الا بعد ارجاعها بصيغة الرجعة وحضور شاهدين، لقوله تعالى ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أو فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾[1]. فعند الأمامية الإشهاد ركن للطلاق والرجعة، وهذا هو الصحيح. وعند الشافعية يكون للرجعة فقط، وهذا مخالف للقاعدة النحوية إذا دار القيد بين القريب والبعيد، يرجع إلى القريب ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.

أمّا الطلاق البائن فالزوجة تصبح به محرمة باتفاق الفقهاء فور طلاقها ولا تحل له الا بعد عقد جديد كالعقد الأول اذا كان الطلاق بائنا بينونة صغرى بالاضافة الى الاجراءات التي ذكرناها أنفاً في البينونة الكبرى.

٣ـ في الطلاق الرجعي الزوجة تبقى في بيت الزوجية حتى تنتهي عدتها بخلاف الطلاق البائن، وذلك وفقاً لقوله تعالى: ﴿يَـا أَيُّهَـا النبـــي إِذَا طَلَّقْـتُمُ النِّسَـاءَ فَطَلِّقُـوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُـوتِهِنَّ وَلا يَخْـرُجْنَ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَـمَ نَفْسَـهُ لا تَـدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً﴾[2].

---

[1] ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أو فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجاً﴾ (الطلاق:٢).

[2] سورة الطلاق: ١.

٤ـ يلحق بالطلاق الرجعي طلاق آخر عند من لا يرى رفع عقد الزواج بالطلاق الرجعي، أي اذا طلقها طلقة أخرى اثناء العدة تقع عند الجمهور بخلاف الطلاق البائن لانقطـاع العلاقة الزوجية به. ونزيد الـرأي الـذاهب إلى أن الطـلاق الرجعـي يرفـع النكـاح، فالمطلقة طلاقاً رجعيا لا تُطلق قبل ارتجاعها كالمطلقة طلاقا بائنا.[1]

متى تعتبر الفرقة طلاقا ومتى تكون فسخا؟

أ ـ الفُرقة التي تُعتَبَرْ طلاقا:

١ـ الطلاق الذي يصـدر من الزوج، أو ممن يفوضه فيه، أو ممن ينوب عنه.

٢ـ الخلع عند جمهور الفقهاء، وهو الطلاق الذي يتم باتفـاق الـزوجين مقابـل عـوض تلتزم به الزوجة أو من ينوب عنها.

٣ـ الافتراق باللعان سواء أحصل تلقائياً أم بحكم القاضي، على خلافٍ فيه.

٤ـ الفرقة بسبب الإيلاء سواء كانت بصورة تلقائية بعد أنتهاء مدة الايلاء كما يقول البعض، أو بحكم القضـاء كما هو رأي الجمهور.

٥ـ التفريق القضائي في أكثر الحالات كما سيأتي.

ب ـ الفرقة التي تُعتَبَرْ فسخا:

١ـ اذا نشأ عقد الزواج غير صحيح لتخلف أحد شروط صحته.

٢ـ اذا كان لأحدهما أو لهما خيار الفسخ بالبلوغ أو الافاقة.

٣ـ الخلع عند بعض الفقهاء.[2]

---

[1] جاء في كتاب القواعد للعلامة الشيخ عبدالله بن سعيد، القاعدة الحادية عشرة، ص٩٤. الطلاق الرجعي هل يقطع النكاح أو لا؟ قولان: قال الرافعي التحقيق أنه لا يطلق ترجيح واحد منهما لإختلاف الترجيح في فروعه، قال الشارح لكن المعتمد أن المغلب فيه جانب القطع، أي أن المعتمد هو أن الطلاق الرجعي يقطع النكاح.

[2] يقول الشوكاني والخلع فسخ وعدته حيضة. ينظر الدراري المضيئة شرح الدرر البهيـة كلاهمـا للأمام محمد بن علي الشوكاني ٢/٧٤.

٤ـ الفرقة بسبب اعتراض الولي لنقصان المهر عن مهر المثل أو لعدم توفر الكفاءة.

٥ـ الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين. وعند بعض الفقهاء ارتداد الزوج طلاق.

٦ـ الفرقة بسبب المصاهرة الطارئة عند من يقول بثبوتها بالزنى كالحنفية، فاذا عاشر أم زوجته أو بنتها من زوج آخر، أو هي عاشرها أحد أصول أو فروع الزوج، تثبت الفرقة بصورة تلقائية.

٧ـ الفرقة بسبب امتناع الزوجة المشركة عن الاسلام أو أي دين سماوي آخر بعد اسلام زوجها.

الآثار المترتبة على الفرقة بين الطلاق والفسخ:

١ـ يتنوع الطلاق الى بائن ورجعي، والفسخ فُرْقَةٌ بائنة لا رجعة فيها حيث تنحل به الرابطة الزوجية حالا.

٢ـ الفُرقة التي تعد طلاقاً لا تكون الا في زواج صحيح، والفسخ يكون في الصحيح وغيره عند جمهور الفقهاء.

٣ـ الطلاق ينقص به عدد ما يملكه الزوج من الطلقات الثلاث بخلاف الفسخ.

٤ـ الطلاق هو أنهاء العقد لا بأثر رجعي، والفسخ نقض للعقد وقد يكون له الاثر الرجعي، اذا كان بسبب يتصل بانشاء العقد كخيار نقض العقد من أصله، والمهر من أحكام العقد.

٥ـ أنهاء الزوجية بالطلاق لا يرجع الى وجود شيء يتنافى مع عقد الزواج من ناحية الصحة أو اللزوم، وانما هو حق ثابت للرجل يترتب على العقد نفسه، أمّا الفسخ فهو لسبب مقارن للعقد أو طارئ بعده[1].

---

[1] الاستاذ محمد سلام مدكور المرجع السابق ١٧/٢.

ادلة مشروعية الطلاق:

ثبتت مشروعيته ب القرآن والسنة والاجماع:

١ . القرآن الكريم: هناك آيات بينات كثيرة تنص على جواز اللجوء الى الطلاق عندما تدعو اليه حاجة ملحة منها: قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أو تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[1] ومنها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النبـــي إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[2]. ومنها قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[3].

ب . السنة النبوية: لقد ثبتت مشروعية الطلاق بأفعاله وأقواله التي تؤكد ما جاء في القرآن الكريم. أمّا فعله فقد طلّق حفصة ثم راجعها.
ومن أقواله: ((أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ))[4].
وأمّا تقريره فقد أقر الصحابة على الطلاق في عصره.

ج . الاجماع: اتفق فقهاء المسلمين في كل عصر على أن للرجل حق تطليق زوجته اذا قام مبرر يدعو اليه.

مرة الطلاق:

على القول باباحة الطلاق يتمتع الزوج بارادة حرة في التطليق، فله أن يطلق متى شاء ولأتفه الأسباب، فالزوجة تحت رحمة ارادته أن شاء أمسكها وان شاء طلقها.

---

[1] ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أو تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾(البقرة:٢٣٦).

[2] ﴿يَا أَيُّهَا النبـــي إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إِلَّا أن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً﴾(الطلاق:١).

[3] ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾(البقرة:٢٢٩).

[4] عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ) {رواه أبو داود وابن ماجة. نيل الأوطار للشوكاني ٦/٢٤٩}.

وعلى القول بحظره ـ الذي هو الصواب ـ فإن ارادة الزوج مقيدة بقيود لا تتيح له الطلاق الا لحاجة ماسة اليه، وفي أوقات خاصة.

فإن خالف فعمله حرام أو مكروه كراهة تحريم، فهو آثم أمّام الله وملام أمّام الرأي العام، وإن قلنا بصحة طلاقه.

حكمه:

لفعل المكلف حكمان[1]: الأولي والثانوي

فالحكم الأولي: هو الحكم المجعول للشيء أولا وبالذات بلا لحاظ ما يطرأ عليه من العوارض.

والحكم الثانوي: ما يجعل للشيء من الاحكام بلحاظ ما يطرأ عليه. فشرب الماء مثلا مباح بعنوانه الأولي ولكن بعنوان أنقاذ الحياة يكون واجبا[2].

حكمه الأولي: اختلف فيه الفقهاء: فقال فريق منهم: أن الطلاق بغض النظر عن الظروف التي تحيط به مباح وذهب كثير منهم الى أنه محظور.

أدلّة من قال بإباحته:

١. القرآن : قال تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أو تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾. فقالوا: نفي الإثم ورفع الحرج من الشارع دليل الاباحة.

٢. السنة النبوية: طلّق النبي ﷺ حفصة ثم راجعها[3] وهو لكونه معصوماً لا يقدم على عمل محظور عمداً. فاقدامه على طلاق حفصة دليل على اباحته.

٣. عمل الصحابة: فقد طلّق بعض الصحابة زوجاتهم فطلق عمر أم عاصم، وعبدالرحمن بن عوف تماضر[4]... فما كان منه في عصر النبي ﷺ يعتبر من تقريره، وما كان

---

[1] أي هذا الحكم الوضعي.

[2] يراجع الاصول العامة للفقه المقارن للاستاذ محمد تقي الحكيم ص٧٣.

[3] سنن ابن ماجة ٣١٨/١. رواه ابو داود (رقم ٢٢٧٣)، وابن ماجة (رقم ٢٠١٦)، والدارمي (٢١٣/٢)، والبيهقي (٣٢١/٧-٣٢٢) كلهم من طريق يحيى بن زكريا بن أبي زائدة عن صالح بن صالح بن يحيى عن سلمة بن كهيل عن سعيد بن جبير عن ابن عباس عن عمر بن الخطاب ﷺ.

[4] يراجع الصابوني مدى حرية الزوجين في الطلاق ٨٠/١.

بعده يعتبر من عمل الصحابة وعملهم حجة فيما لا مجال للرأي فيه، لانه لابد لهم من موقف ولا موقف لهم الا الرسول ﷺ.

٤. الاجماع: اجمع فقهاء المسلمين منذ صدر الاسلام الى يومنا هذا على مشروعية الطلاق عند الحاجة.

٥. القياس: الطلاق ازالة الملك[1] بطريقة الاسقاط فيكون مباحاً في الأصل كالاعتاق.

أدلّة من قال بالحظر:

١ـ القرآن :

جاء في القرآن الكريم آيات تدل على كراهية الطلاق منها: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً﴾[2]. فالطلاق دون حاجة أو ضرورة بغي وظلم وعدوان.

وقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾[3]. والطلاق دون سبب كفران لهذه النعمة ونكران لهذا الرباط المقدس وكل كفران محظور فالطلاق محظور.

٢ـ السنة:

هناك أحاديث كثيرة تدل على أن الطلاق دون مبرر عمل مغضوب عليه، منها قوله ﷺ: ((أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ))[4].

وقوله: ((أَيُّمَا إمرأة سَأَلَتْ زَوْجَهَا الطَّلَاقَ فِي غَيْرِ مَا بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ))[1].

---

[1] أي ملك الحل والتمتع بالزوجة والا فالزوجة لا تكون محلا للملكية.

[2] (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيّاً كَبِيراً) (النساء:٣٤).

[3] (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ) (الروم:٢١).

[4] عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : (أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ) {ابن ماجه: ٢٠٠٨}.

٣ـ المعقول:

شرع نظام الزواج لمصلحة الفرد والأسرة والمجتمع وبقاء نوع بني الانسـان، فـالطلاق ابطال لهذه المصلحة، وفي ابطالها مفسدة، والمفسدة أساس كل محظور.

جاء في بدائع الصنائع[٢]: (وأمّا المعقول: فمن وجوه:

أحدها: أن النكاح عقد مصلحة لكونه وسيلة الى مصـالح الـدين والـدنيا. والطـلاق ابطال له وابطال المصلحة مفسدة وقد قال تعالى: ﴿وَاللَّهُ لا يُحِبُّ الْفَسَادَ﴾[٣].

والثاني: أن النكاح عقد مسنون، بل هو واجب فكان الطلاق قطعـاً للسـنة وتفويتـاً للواجب فكان الأصل هو الحظر والكراهة الا أنه رخص للتأديب أو للتخلص).

الترجيح:

الرأي الراجح هو القول بان الطلاق في نفسه محظور:

أولاً لسلامة أدلته.

ثانياً لما ورد على أدلة من يقول بالاباحة، مما نفصله فيما يأتي:

أ ـ آية لا جناح عليكم تدل على نفي الجناح في حالة تطليق الزوجة قبل المساس أو عـدم الفرض لها، فالدليل خاص لا يثبت به حكـم عـام. وبالاضـافة الى ذلـك فـان سـنة الرسول ﷺ تقيدها بحالة وجود حاجة داعيـة الى الطـلاق. ثـم أن النفـي يتوجـه الى الالتزامات التي تترتب على الطلاق لا الى حكمه.

ب ـ لم يثبت أن طلاق الرسول ﷺ والصحابة كان لغـير سـبب وعـدم العلـم بالسـبب لا يستلزم عدمه في الواقع.

ج ـ ولا يصح قياس الطلاق على الاعتاق حيث أن في الاعتاق مصـلحة وفوائـد عامـة وخاصة، لذا شجعه الرسول ﷺ وسهل طريقه، بخلاف الطلاق فانه لا يخلو مـن ضـرر ما اذا لم يكن لحاجة. ثم أن الـزواج لا يفيـد الملـك والا لجـاز تصـرف الـزوج بزوجتـه

---

[١] عَنْ ثَوْبَانَ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : (أَيُّمَا امرأة سَأَلَتْ زَوْجَهَا الطَّلَاقَ فِي غَيْرِ مَا بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ) {ابن ماجه: ٢٠٤٥}.

[٢] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لأبي بكر بن مسعود الكاساني (ت ـ٥٨٧هـ).

[٣] ﴿وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لا يُحِبُّ الْفَسَادَ﴾ (البقرة:٢٠٥).

واستعمالها واستغلالها كتصرف المالك في مملوكه، ولا يقول أحد بذلك، واستعمال الملكية في هذا المقام لا يلائم المركز الذي منحه الاسلام للمرأة.

د ـ ومن تتبع آيات أحكام الطلاق في القرآن الكريم، تبين له أن الطلاق دون حاجة تدعو اليه أمّا مكروه أو حرام. ومن تلك الآيات قوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيّاً كَبِيراً﴾[1]. ﴿وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُمْ مِيثَاقاً غَلِيظاً﴾[2]. ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَن تَكْرَهُوا شَيْئاً وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْراً كَثِيراً﴾[3]. ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً﴾[4]. ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحاً وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾[5]. فهذه الآيات وغيرها كلها تدعو بأسلوب واضح الى الأخذ بالحذر والتروي وعدم التسرع. ولذا كان استعمال الطلاق كدواء أخير لعلاج مرض نفذت كل طرق علاجه، وآخر الدواء الكيّ.

هـ ـ وسُنّة رسول الله ﷺ توصي بما أوصى به القرآن وتؤكّد على أن الطلاق عمل غير محبوب عند الله اذا لم يكن لضرورة، قال النبي ﷺ: ((ولا تطلقوا فان الله لا يحب الذواقين والذواقات))[6]. وقال صلى الله عليه وسلم كناية عن خطورة الطلاق:

---

[1] ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيّاً كَبِيراً﴾ (النساء:٣٤).

[2] ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُمْ مِيثَاقاً غَلِيظاً﴾ (النساء:٢١).

[3] ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهاً وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَن تَكْرَهُوا شَيْئاً وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْراً كَثِيراً﴾ (النساء:١٩).

[4] سورة النساء: ٣٥.

[5] ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحاً وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنفُسُ الشُّحَّ وَإِن تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيراً﴾ (النساء:١٢٨).

[6] كشف الخفاء ٢/٣٠٢.

((ولا تطلقوا فان الطلاق يهتز منه العرش))[1]. وقال ﷺ: ((أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ))[2]. والمراد بالحلال ما يقابل الحرام فيشمل المباح والمندوب والواجب والمكروه فلا منافاة بين البغض وبين الحل.

و ـ المعقول: أن المصلحة أساس التشريع الاسلامي بدليل قواعده الكلية منها قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾. ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾. وقال النبي ﷺ: ((لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ))[3]. وقد فرّع الفقهاء من هذا القول قواعد فقهية كلية منها: (المشقة تجلب التيسير)، (الضرر يزال)، (الضرر لا يزال بمثله)، (يتحمل ضرر خاص لدفع ضرر عام)، (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف)، (الضرورات تقدر بقدرها)[4]، (الضرر يدفع بقدر الامكان). ولا يصح لأحد أن يقول بوجود مصلحة في الطلاق اذا لم يكن لحاجة ملحة تدعو اليه.

ز ـ اختار هذا الرأي كثير من الفقهاء من مختلف المذاهب.

قال ابن الهمام[5]: وأمّا سببه فالحاجة الى الخلاص عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة بعدم اقامة حدود الله.

وجاء في الجوهرة[6]: الأصل في الطلاق الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية.

وقال ابن تيمية في فتاواه: (ولولا أن الحاجة داعية الى الطلاق لكان الدليل يقتضي تحريمه كما دلت عليه الآثار والأصول).

وجاء في الروضة الندية[7]: وهو جائز بنص الكتاب ومتواتر السُنة واجماع المسلمين ولكنه يكره مع عدم الحاجة.

---

[1] المرجع السابق.

[2] عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: (أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ) {ابن ماجه: ٢٠٠٨}. التاج الجامع للاصول في احاديث الرسول ﷺ ٣٠٨/٢.

[3] عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ) {ابن ماجه: ٢٣٣٢}.

[4] يراجع الاستاذ شفيق العاني الفقه الاسلامي ومشروع القانون المدني الموحد في البلاد العربية ص١١١ مجلة الأحكام العدلية المواد (١٧، ١٩، ٢٠، ٢١، ٢٢، ٢٥، ٢٦، ٣١).

[5] يراجع شرح فتح القدير ٢١/٣.

[6] الجوهرة النيرة على مختصر القدوري ١٠٠/٢.

[7] الروضة الندية شرح الدرر البهية للبخاري ٤٥/٢.

وقال الغزالي[١]: وانما يكون مباحاً اذا لم يكن فيه ايذاء بالباطل ومهما طلقهـا فقـد آذاها ولا يباح ايذاء الغير الا بجناية من جانبها أو بضرورة من جانبـه. قـال تعـالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾.

الحكم الثانوي للطلاق: الطلاق من حيث أنه سبب لانهاء الرابطة الزوجيـة حكـم وضـعي. ومن حيث أنه تصرف أنفرادي أو اتفاق للزوجين على أنهاء تلك الرابطـة، يتعلـق بـه حكم تكليفي من وجوب أو حرمة أو غيرهما، فهو بهذه الحيثية وبالنسبة الى أسـبابه وظروفه تعتوره الأحكام الخمسة:

١ـ واجب كطلاق المولي اذا توافرت شروطه.

٢ـ مندوب كطلاق من ساء سلوكها.

٣ـ حرام كطلاق الحائض أو النفساء أو الحامل دون مبرر.

٤ـ مكروه كالطلاق دون ما يدعو اليه.

٥ـ مباح كالطلاق لحاجة.

هذا ما ذهب اليه بعض الفقهاء كالشافعية[٢] والحنابلة[٣].

وقال الآخرون كالمالكية[٤] والجعفرية[٥] والنووي من الشافعية[٦]: الطلاق لا يكون مباحاً مهما كان السبب، لانه لا يمكن أن يتساوى طرفاه، بل هو أمّا راجح (واجب أو منـدوب) أو مرجوح (حرام أو مكروه).

ونرى أن هذا الرأي الثاني أرجح مـن الأول لان الطـلاق في الاسـلام محظـور الا لضـرورة وعندها أمّا واجب أو مندوب فلم يبق مجال لحكم الاباحة.

---

[١] احياء علوم الدين كتاب آداب النكاح ٢/٥٥.

[٢] يراجع مغني المحتاج ٣/٣٠٧.

[٣] يراجع المغني والشرح الكبير ٨/٢٣٤. الاقناع ٣/١٢.

[٤] يراجع الدردير على خليل ٢/٤٢٣.

[٥] يراجع الروضة البهية ٢/١٥١.

[٦] يراجع شرح النووي على مسلم ٦١/١١.

المبحث الثاني

حكمة تشريع الطلاق

الزواج عقد لا يشبه أي عقد آخر من حيث طبيعة المحل. والحقوق والالتزامات المترتبة عليه، ومن حيث الغاية المتوخاة من أنشائه.

فمحل عقد الزواج ليس حقاً مالياً مادياً، وانما هو حل تمتع كل مـن الـزوجين بـالآخر. والآثار المترتبة عليه ليست حقوقاً مادية، وانما هي رحمة ومودة، وسكينة، ووئـام وانسـجام، وحب متبادل، وشركة في السراء والضراء... والغاية المقصودة من أنشائه ليست كسب ربـح مالي أو درء خسارة مادية، وانما هي التناسل والتوالد والمساهمة في استمرار حياة بني نـوع الانسان بما يتفق وكرامته وسيادته في هذا الكون اللامتناهي. ولكن على الـرغم مـن هـذه الأهمية والخطورة للزواج فانه قد لا يحظى بنجاح.

وقد قيل قديماً وحديثاً:

ليس كل ما يتمنّى المرء يدركه   تجري الرياح بما لا تشتهي السفن

فقد يخون البصر ويخدع الشعور في اختيار شريك الحياة، فالاقتران قد يبنى على اختيـار خاطئ، أو تقدير غير سليم، فتكشف الأيام أثناء الحياة الزوجية لكل منهما مـا لا يرتضيه الآخر من طباع وخلق بعد تيسر الفرص لان يرى كـل صـاحبه علـى حقيقتـه دون خـداع أو تظاهر.

أو قد يطرأ بعد الزواج أمر خارج عن ارادتهما فيكدّر صفوة الحياة الزوجية. أو قد يحدث الشقاء والتنافر بتدخل الأهل والأقارب والأصدقاء باسم المصلحة أو النصح، فينقلب أسـاس كيانهما الى معول هدام فتنقلب القلوب، ويتحول الحب الى البغض، والوئام الى الشـقاق، والمودة والسكينة الى الفوضى.. أو قد تتسرب الشكوك من مسامّات متنوعة فتزيل الثقـة بينهما، وتجسد الأوهام فتمنحها زوراً وبهتاناً معالم الحقائق، فيتحول كل شيء في تفكيرهمـا الى عكسه، فيفقدان الصواب في كل صغيرة وكبيرة.

وبعد هذا وذاك ليس من الحكمة ارغام طرف على قبول استمرار هـذا الكيـان الزوجـي الهزيل الهش، الذي يزيد يوماً بعد يوم من تفاقم الشر واستفحال الأمر، والـذي قـد يـؤدي

بهما أو بأحدهما الى سلوك اجرامي، أو أنحراف خلقي، أو أية ظاهرة صحية أو اجتماعية أخرى تعرّض حياتهما للخطر.

لهذا، بل ولأكثر من هذا أصبح الطلاق أمراً ضرورياً لجأت اليه الأمم قديماً وحديثاً، وأقرّته الشرائع السماوية، وأخذت به القوانين الوضعية الا ما شذّ منها.

والاسلام بحكم كونه ديناً فطرياً من الطبيعي أن يُقر هذا النظام بتشريع يحقق مصلحة الأسرة والأمة، بشكل يكون بعيداً عن التعسف. فهو لم يسمح للرجل أن يعتبر المرأة سلعة تباع وتشترى، بل رفع مكانتها وأقرَّ لها حقوقها الطبيعية التي كانت محرومة من أكثرها.

ووضع للطلاق أركاناً وشروطاً، وحدد له حدوداً، وفرض على ارادة الزوج قيوداً بحيث لن يتمكن من أن يعتبره عملا كيفياً يقدم عليه متى شاء، ولأي سبب أراد. وبذلك قد أخذ مسلكاً وسطاً بين الافراط والتفريط المتمثلين في نظام طلاق الكاثوليك والبروتستانت من المسيحيين، ونظام طلاق الربانيين من الموسويين. واعتبره دواءً مُركّزاً يتعاطاه المرضى في بعض الأحايين، فان أحسنوا استعماله أدى الى نتيجة حسنة، وان أساءوا الاستعمال - كما هو الوضع السائد المؤسف في العالم الاسلامي اليوم - جلب الفوضى والويل والمآسي على الفرد والمجتمع.

المبحث الثالث

من له حق الطلاق

قد يتصور البعض أن أنفراد الرجل بحق الطلاق أمر كثيراً ما يتحكم فيه ولو كان للمرأة فيه رأي، أو كان باشراف من الحكمة لكان بعيداً عن مجالات التعسف، ومن هنا يتساءل المرء اذا كان الامر كذلك فلماذا اختص الرجل بهذا الحق في الاسلام على الرغم من شجبه لكل حكم فيه ضرر وتعسف؟

وتوضيح هذه الحقيقة يحتاج الى مناقشة الشقوقات المتصورة في هذا الموضوع، والاحتمالات العقلية خمسة:

١. أمّا أن يكون الطلاق بيد المرأة وحدها.
٢. أو بيد الرجل وحده.
٣. أو أن يتم باتفاق الطرفين.
٤. أو أن يكون عن طريق المحكمة.
٥. أو أن يكون بيد الرجل وتعطى المرأة فرصاً للطلاق.

١- الطلاق بيد المرأة وحدها:

لايستقيم الشق الأول لأسباب كثيرة منها:

أ/ أن الطلاق والزواج نظامّان بنيا في المجتمعات الأولى على عادات الفطرة: فالذكر يطلب الانثى، ولا تطلبه هي، والرجل يخطب المرأة وهي لاتخطب، والرأي في الترك فطرياً يكون لمن له الرأي في الطلب، وعلى هذه العادة الفطرية جرى الاسلام فلم يمنح هذا الحق للمرأة وحدها.

ب/ الطلاق تصرف تترتب عليه تبعات مالية – فيلتزم الزوج بدفع المهر الكامل الى زوجته، وبتسديد نفقات العدة والأولاد وأجور الحضانة بالاضافة الى نفقات الزواج الجديد أن أراد ذلك.

فليس من العدل والانصاف أن يلـزم شـخص بمـا يترتـب علـى عمـل الغـير وتكـون التزاماته حقوقاً لهذا الغير. ثم أن هذه التبعـات الماليـة تحمـل الـزوج علـى الـتروي وضبط النفس وتدبر الأمر قبل الاقدام على الطلاق وتجعله يحرص على بقاء الزوجيـة ما لم تكن هناك ضرورة ملحة.

ت- أن المرأة بحكم خلقتها الطبيعيـة أكثـر أنفعـالاً وانـدفاعاً مـن الرجـل بـالعوارض والظروف التي تواجهها في حياتها، فلو منحت وحدها حق الطلاق لأساءت التصـرف به لانها قد لا تبالي كثيراً بالنتائج وهي في ثوراتها وغضبها.

وقد اثبتت التجارب التي مرت بها بعض الأمم القديمة أن منح المرأة حق الطلاق كان عاملاً فعالاً في كثـرة حـوادث الطـلاق كمـا كـان ذلـك عنـد الرومـان في العهـد الكلاسيكي، وعند بعض قبائل العرب في الجاهلية.

٢- بيد الرجل وحده :

قد تطرأ على الحياة الزوجية عوارض اضطرارية أو اختياريـة تضـر بمصـلحة الزوجـة اذا استمرت الحالة. كغياب زوجها، أو الحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية، أو كاصابته بمرض معد لا يرجى شفاؤه، أو كامتناعه عن الانفاق عليها، أو كسوء معاملتـه معهـا... فلـو جـردت المرأة من حق الطلاق ومنح للرجل وحده في هذه المجالات لاصبحت ضحية هذه الحوادث.

لذا منحها الاسلام في هذه الحالات سلطة طلـب الطـلاق مـن القضـاء حفظـاً لمصـلحتها بالتطبيق، ولمصلحة زوجها بتدخل المحكمة.

٣- بيد الرجل والمرأة معاً:

الاسلام يقر الطلاق باتفاق الزوجين كما في صورة الخلع اذا كان بعيداً عـن التعسـف، الا أن تحقق توافق الطرفين على الطلاق في جميع المجالات يكاد يكون مسـتحيلاً اذ كـثيراً مـا يعاند احدهما بقصد الإضرار بالآخر.

٤- التطليق من المحكمة:

هذه الطريقة متبعة في الشريعتين (الموسوية والمسيحية) وفي كثير من القوانين الوضعية، فلا يجوز الطلاق فيها الا أمّام المحكمة المختصة وباشراف منها.

أمّا الاسلام فانه لم يقر ذلك لمساوي، كثيرة منها: فضح الأسرار الزوجية أمّام المحكمة ومحامي الطرفين. وقد تكون هذه الأسرار مخزية تسيء الى سمعة العائلة، وتحطم مستقبل الزوجة. لنتصور أن رجلاً اشتبه في سلوك زوجته، وأراد أن يطلّقها باشراف من المحكمة فكم تكون فضائح هذا العمل؟ وكم يكون تأثير أنتشاره على سمعة الزوجين والأقارب؟ ثم أن دوافع الطلاق قد تكون أموراً باطنية كالكراهية لا يمكن الاستدلال عليها بالبينات والأمّارات، ولا يعرفها الا صاحبها، ويكون بذلك خارجاً عن نطاق سلطة المحكمة.

٥- بيد الرجل واعطاء المرأة فرصاً عند الحاجة:

أقر الاسلام هذه الطريقة الاخيرة السليمة فاعتبر الطلاق حقاً طبيعياً للرجل لانه ينسجم مع التزامّاته نحو زوجته وأولاده وبيته.

فما دام الرجل هو الذي يلزم بدفع المهر وتسديد النفقات فمن حقه أن يكون بيده أنهاء رابطة الزوجية عملاً بقاعدة (الغرم بالغنم)، ولانه غالباً أضبط أعصاباً وأكثر تقديراً بنتائج الطلاق في سويعات الغضب والثوران، فلا يستخدم هذا الحق الا بعد اليأس من نجاح سعادته الزوجية.

ولم ينس الاسلام حق الزوجة في هذا الأمر الخطير الذي يقرر مصير الزوجين، بل أعطاها حق طلب الطلاق من المحكمة المختصة عند حدوث ما يضر بمصلحتها من الناحية المعاشية، أو الصحية، أو الجنسية.

ولها أيضاً حق التطليق عن طريق التفويض سواء منحت هذا الحق حين عقد الزواج كما قال بعض الفقهاء أم بعده أثناء قيام الحالة الزوجية.

والاسلام اذ منح الزوج حق الطلاق فانه لم يتركه حراً في ارادته يتصرف بهذا الحق حسب اهوائه، بل حدد له حدوداً ووضع له اجراءات شكلية يجب عليه اتباعها، ومنها المراحل التي بيّنها القرآن الكريم.

المبحث الرابع

خطوات الطلاق

حرصاً على استمرارية الحياة الزوجية، وعدم تحطيم مؤسسة الأسرة على رؤوس من فيها من الكبار والصغار ممن لا ذنب لهم، وتشجيعاً على عدم الاستسلام لبوادر النشوز والكراهية والخلاف والشقاق... بالتسرع في فصم حبل رباط الزوجية: شرَّع سبحانه وتعالى في دستوره الاخير (القرآن) خطوات و مراحل بطيئة لانهاء علاقة الزوجية، وأمر باتباعها بصورة تدريجية علّها أن تؤدي الى اعادة صفوة كدرت، ومودةً هدرت، حتى تستقيم الحياة الزوجية وتستقر فتستمر.

فالمراحل كما حددها القرآن الكريم هي الثماني الآتية :-

المرحلة الأولى: الموعظة (فَعِظُوهُنَّ):

أمر القرآن الزوج في حالة نشوز زوجته: أن يتبادر الى طريقة النصح، والارشاد، والتوجيه والتنبيه على اخطائها، بدلاً من اللجوء الى الطلاق فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾ [1].

هذه الطريقة هي أول واجبات رب الأسرة لاصلاح كل ما يتعرض للفساد، لانه عمل تهذيبي مطلوب لأهل الأسرة بأسرها. يقول سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَاراً وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ﴾ [2]. والوعظ مقصود بالذات هنا لهدف معين هو معالجة بوادر نشوز الزوجة قبل أن يستفحل الأمر فتترتب عليه نتائج سلبية. لكن الزوجة قد

[1] ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللّهُ وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيّاً كَبِيراً﴾ النساء: ٣٤.

[2] ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَاراً وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ عَلَيْهَا مَلَائِكَةٌ غِلَاظٌ شِدَادٌ لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ﴾ التحريم: ٦.

تطغى بجمالها أو مالها أو حسبها، أو غير ذلك كما يقول سبحانه وتعالى: ﴿كَلَّا إِنَّ الْإِنسَانَ لَيَطْغَىٰ * أَن رَّآهُ اسْتَغْنَىٰ﴾[1] فهي قد لاتتأثر بالموعظة الحسنة فعندئذ على الزوج أن يغيّر الاسلوب باتخاذ المرحلة التالية:

المرحلة الثانية: الهجر في المضاجع (وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ):

للمضجع موضع الاغراء، وهجره أسلوب نفسي يتخذه الزوج لتنبيه زوجته على أنها سوف تلاقي مصير الحرمان من مضجعها الذي يمثل قمة علاقة الزوجية في المودة والرحمة والسكينة، كما يقول سبحانه وتعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[2]

لكن التربية الأخلاقية الاسلامية تأمر الزوج بان يلتزم بما يلي:

١. ألا يكون الهجر الا في مكان خلوة الزوجين.
٢. ألا يهجرها أمّام الاطفال حتى لا يؤثر ذلك على سلوكهم ويورث في نفوسهم الشر والفساد.
٣. ألاّ يكون هجراً أمّام الغرباء، ليذل الزوجة، ويقلل من شانها، أو يستثير كرامتها فتزداد نشوزاً، لان المقصود علاج النشوز، لا اذلال الزوجة، ولا افساد الأطفال.

واذا فشلت هذه الطريقة بما تحمله الزوجة من النفسية الشريرة فعلى الزوج أن يلجأ الى أسلوب آخر يتناسب مع هذه النفسية وهو الخطوة التالية.

المرحلة الثالثة: الضرب (وَاضْرِبُوهُنَّ):

كما أن لأي داء دواء خاصاً فان لعلاج كل تمرد أُسلوبا متميزاً يتلائم مع حجم العصيان.

وانما أمر الله بالضرب لان الزوج أمّام ثلاثة خيارات لا رابع لها: أمّا اللجوء الى القضاء ففيه فضح اسرار العائلة وأمّا الطلاق وفيه تفكيك الأسرة، وأمّا ضرب غير مبرح (لا يؤذي ولا يؤلم ولا يجرح)، فالضرب هو الأصوب.

---

[1] سورة العلق: ٦-٧.

[2] سورة الروم: ٢١.

وقد يزعم البعض أن أسلوب الضرب ليس اختياراً حكيماً. فأقول لهم: أجل، الضرب بمفهومهم السقيم ليس من الحكمة. ولكن هذه الطريقة ليست معركة بين الرجل والمرأة يراد لها بهذا الاسلوب تحطيم رأس المرأة حين تتهم بالنشوز، أن هذا قطعاً ليس من الاسلام، أنما هو تقاليد في بعض الأزمان نشأت مع هوان الانسان. فأمر الاسلام يختلف في الشكل والصورة وفي الهدف والغاية.

فالضرب كالطلاق بغيض لكنه أهون الشرين، وقد أكد ذلك الرسول الكريم (ﷺ) في كثير من أقواله منها: (لايجلد احدكم امرأته جلد عبد ثم يجامعها في آخر اليوم).[1] وقال عن الذين يضربون نساءهم: (ولا تجدون أولئك خياركم).[2]

وقال: (ولا يضرب الا أشراركم).[3] ويستنتج من هذه الأحاديث الشريفة أن الضرب لا يكون الا عقاباً لزوجة ترتكب عملاً منافياً للأخلاق والآداب العامة وهذا العقاب لا يكون بالطلاق لان العقوبة يجب أن يقتصر أثرها في شخص الجاني في حين أن الطلاق له اثار سلبية على الزوجين والأولاد أن وجدوا واسرتيهما وهذا يخالف قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾.[4] وكذلك لا يكون العقاب من المحكمة لان وصول الأمر اليها يؤدي الى أنتشاره وبالتالي الى اساءة سمعة الأسرة وقد فهم السلف الصالح هذه الحقيقة فالقاضي شريح الذي عينهُ عمر بن الخطاب (ﷺ) قاضياً على البصرة ومارس القضاء (٦٣) سنة: كان عندما يثور غضبه ويتأثر من زوجته (زينب) يأخذ سواكه الذي يمسح به أسنانه عند الصلاة ويشير به اليها، مهدداً به اياها قائلاً:

رأيت رجالاً يضربون نساءهم ☐فشُلَت يميني حين أضربُ زينبا

اذن الضرب الذي أمر به القرآن غير الضرب الذي يفهمه الجهلة. واستصحاب الهدف لهذه الاجراءات يأبى أن يكون الضرب تعذيباً للانتقام والتشفي، ويمنع أن يكون اهانة

---

[1] ينظر فتح الباري بشرح صحيح الأمّام ابي عبدالله محمد بن اسماعيل البخاري للأمّام الحافظ احمد بن علي بن حجر العسقلاني (٧٧٢-٨٥٢هـ)، باب ما يكره من ضرب النساء، وقوله تعالى (واضربوهنَّ) اي ضرباً غير مبرح، (٩/٣٠٢).

[2] الشوكاني، نيل الأوطار (٦/٢٣٨).

[3] الطبقات الكبرى ٧/١٤٨.

[4] (الانعام: ١٦٤).

وتذليلاً وتحقيراً للزوجة، ويرفض أن يكون للقسر والارغام على معيشة لا ترضاها.[1] وجدير بالذكر أن الضرب لا يجوز إلا في حالة إرتكاب الزوجة جريمة أخلاقية كما ثبت ذلك في السنة النبوية .

تلك الخطوات الثلاث تُتّبع اذا كان النشوز من الزوجة، أمّا اذا كان من الزوج ف القرآن يأمر باتباع الخطوة التالية.

المرحلة الرابعة: الصلح (والصُّلْحُ خَيْرٌ):

وجَّه القرآن الزوجين الى التصالح والتفاوض والتفاهم كلما بدت بوادر نشوز الزوج، قال سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾[2].

هذه خير طريقة للتنظيم الاجتماعي في محيط الأسرة حين يخشى وقوع ظاهرة النشوز، والاعراض من قبل الزوج، تهدد مركز المرأة وكرامتها، وأمن الأسرة وإستقرارها.

قبل أن يصل الأمر الى الطلاق الذي هو أبغض الحلال الى الله أو ترك الزوجة تعيش بين حالتي البقاء والطلاق. وقد شجع القرآن الزوج على التفاهم وقبوله الصلح الذي هو خير له ولزوجته وأولاده، لانه قد يكون مخطئاً في كراهة زوجته فقال سبحانه وتعالى:﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾[3]

تلك الخطوات الاربع تتبع حين يكون الطرف المقصر من الزوجين معلوماً.

أمّا في حالة شقاق يتهم كل منهما بالتقصير والتسبب فيه فإن القرآن يأمر بتدخل جهة ثالثة من الأهل والأقارب لاصلاح ذات البين عن طريق التحكيم.

---

[1] ينظر سيد قطب، في ظلال القرآن ٦٤/٥.
[2] (النساء: ١٢٨).
[3] النساء: ١٩.

المرحلة الخامسة: التحكيم (فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا):[1]

حين ظهور بوادر الشقاق والخلاف بين الزوجين على أسرتهما، أو وليّ الامر، أو قاضـي أو اية جماعة اسلامية: التدخل بتقديم العون والمساعدة لرفع ضرر الشقاق بالاسلوب الذي امر به القرآن في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِـنْ أَهْلِهَـا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[2]

وتنفيذ هذا الأمر الالهي لدراسة شقاق الزوجين يتطلب توفر ما يلي:

أ- ان يَبعثَ حكم من اهلها ترتضيه، وحكم من اهله يرتضيه.

ب- ان يكون الحكمان عادلين خبيرين بشؤون العائلة ومشاكلها.

ج- ان يكونا من أقارب الزوجين أن أمكن، فان لم يكن لهما اهل، أو كان ولم يكـن فيهم من يصلح لذلك لعدم الخبرة أو العدالة أو غير ذلك... فيستحب أن يكونـا جارين.[3] وحكمة اشتراط كون الحكمين من الأهـل هـي سـعة اطلاعهمـا علـى مشاكل الزوجين، وحرصهما على سمعة الأسرتين، ووفرة شـفقتهما علـى الأولاد، وتوقع نجاح مهمتهما غالباً.

د- ان يكونا محايدين تكون غايتهما هي الاصلاح دون تمييز وتفريق وانحياز.

هـ- ان يجتمع الحكمان مع الزوجين في جوّ من الهدوء، بعيداً عن الانفعالات النفسية، والترسبات الشعورية والملابسات المعيشية، وغيرها من الأسباب الموجبة لتكدير صفوة الحياة الزوجية.

و- ان يرفعا تقريرا صادقا أميناً نزيها متضمناً للأسباب الحقيقية لخـلاف وشـقاق الزوجين، محددين فيه الجهة المقصرة منهما.

---

[1] النسـاء: ٣٥.

[2] سورة النسـاء: ٣٥.

[3] ينظر احكام القرآن لابن العربي (ابي محمد بن عبدالله). تحقيق علي محمد البجـاوي، الطبعـة الثانية، عيسى البابي الحلبي، ١/٤٢٤.

واذا فشلت هذه الخطوات الخمس فانئذ يتضح أن هنالك ما لايدع الحياة الزوجيـة تسـتقيم وتستقر، ففي هذه الحالة من الحكمة الخضوع للواقع المر، للطـلاق البغـيض علـى كـره مـن الاسلام فان الطلاق أبغض الحلال الى الله.

المرحلة السادسة: الطلاق للمرة الأولى:

عند قيام الضرورة الملحة يسمح الاسلام باللجوء الى الطلاق الذي حدد بـثلاث مـرات في قوله تعالى: ﴿الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [١] اي الطـلاق الـذي يجـوز بعد استئناف الحياة الزوجية بالرجعة في الطلاق الرجعي [٢] وبعقد ومهرجديـدين في الطـلاق البائن (مرتان). ففي حالتي الرجعة والعقد الجديد ليس لوليهـا الاعـتراض لقولـه تعـالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْاْ بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾.[٣]

وقد ذهب كثير من الفقهاء والمفسرين الى أن المقصود هو أن الطلاق الرجعي مرتان فبعد كل مرة (امساك بمعروف) ارجاع الزوجة بدون عقد، (أو تسريح باحسان) تـرك المطلقـة دون الرجعة لتبين بعدانقضاء العدة.

ومع تقديري العظيم لمكانة هؤلاء العلماء الكرام فان كلامهم هذا مخالف لظـاهر الـنص المذكور للأسباب الآتية:

١. لفظ (تسريح) في اصطلاح القرآن الكريم لا يعني سوى الطلاق بدليل ما ورد في سورة الاحزاب الآية (٢٨): ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلاً﴾ والآيـة (٤٩): ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلاً﴾.

---

[١] البقرة: ٢٢٩.

[٢] الطلاق الرجعي هو كل طلاق بعد الدخول بلا مقابل ولا للمرة الثالثة ولا تزال المطلقة في العدة واذا تخلف شرط من هذه الشروط الاربعة يكون الطلاق بائناً.

[٣] البقرة: ٢٣٢.

٢. ولا يتصور أن يفسر السراح في هـذين النصـين بـالترك حتـى تنقضـي العـدة، وبصورة خاصة في النص الثاني الطلاق بائن لانه قبل الدخول. ومن الواضـح أن القرآن يفسر بعضه بعضاً.

٣. استقر رأي جمهور فقهاء المسلمين على أن الطلاق والسراح والفـراق ومشـتقاتها من الصيغ الصريحة للطلاق.

٤. التسريح عمل ايجابي صادر من الانسان بارادته المنفردة، والترك عمل سلبي فلا يجوز أن يفسر الأول بالثاني.

٥. فاذا كان المقصود من (الطَّلاقُ مَرَّتَان) هو الطلاق الرجعي فأين حكـم البـائن، وما الحكم اذا كان الطلاق الأول قبل الدخول؟.

٦. يقول القرطبي: (قال ابو عمر: وأجمع العلماء على أن قولـه تعـالى (أو تسـريح باحسان) هي الطلقة الثالثة بعد الطلقتين[1] واياها عني بقولـه تعـالى: (فـإن طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعد حَتَّى تَنْكِحَ زَوجاً غَيْرَهُ).

٧. ويقول ايضا: (وعن ابي رزين قال: جاء رجل الى النبـي (ﷺ) فقال: يا رسـول الله أرأيت قوله تعالى:﴿ الطَّلاقُ مَرَّتَان فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ فأين الثالثة؟ فقال رسول الله(ﷺ) ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[2]

٨. وجاء ما يؤيد ذلك أيضاً في أحكام القرآن للجصاص.[3] وأحكام القرآن لابن العربي.[4]

اذن قوله تعالى: (أو تسريح باحسان) حقيقة في التطليق الثالث ولا توجد قرينة تصـرفه عن هذا المعنى الحقيقي. وان قوله تعالى: (فان طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعد حَتَّى تَنْكِحَ زَوجاً غَيْرَهُ) بيان للحكم الذي يترتب على الطلقة الثالثة دون ذاتها. وهذاالحكم هـو أنهـا لا تحـل للزوج الأول حتى تتزوج آخر يدخل بها دخولاً شرعياً فاذا افترقـا بمـوت أو طـلاق أو تفريـق قضائي وانتهت عدتها فعندئذ يجوز أن يتزوجها الزوج الأول أن رغبا في ذلك.

---

[1] احكام القرآن لأبي عبدالله محمد بن احمد الانصاري القرطبي، الطبعة الثالثة ٣/١٢٧.

[2] عمدة القاري بشرح صحيح البخاري ٢٠/٢٣٤.

[3] الأمَام ابو بكر احمد بن علي الرازي الجصاص، احكام القرآن تحقيق محمد صادق قمحـاوي نشـر دار المصحف ٢/٨١.

[4] المرجع السابق ١/١٩١.

التزامات المطلّق حين الطلاق:

اذا سمح الاسلام للزوج باللجوء الى الطلاق كعلاج أخير فانه لم يدعه أن يتصـرف في هـذا الحق متى وكيف شاء، بل ألزمه بالتقيد بما يلي:

أولا: التفريق بين الطلقات الثلاث وتوزيعها على ثلاث مرات:

وهذا ما ينص عليه قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾.
يقول الجصاص: قال تعالى (الطلاق مرتان) ولذلك يقتضي التفريق لا محالة لانه لو طلق اثنتين معاً لما جاز أن يقال طلقها مرتين كذلك لو دفع رجل شخصا درهمين لم يجز أن يقال أعطاه مرتين حتى يفرق الدفع فحينئذ يطلق عليه.[1]

ويقول ايضا: (فان معناه الأمر).

وسيأتي تفصيل هذا الموضوع عند البحث عن الطلاق المقترن بالعدد.

ثانياً: التوقيت

على الزوج أن يتقيد في طلاقه بالوقت المحدد له في القرآن الكريم في قولـه تعـالى:﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾.[2] خاطب نبيه في هـذه الآيـة لاشـارة الاهتمام

وتصوير الجدية.

ووقت عدتهن حددته السنة النبوية بما عدا الأوقات التالية:

١. وقت الحيض: فلا يجوز طلاق الزوجة اذا كانت حائضاً.
٢. وقت النفاس: ولا يجوز الطلاق اذا كانت نفساء.
٣. وقت طهر عاشرها فيه: فلا يجوز الطلاق فيه لاحتمال تكون الحمل.[3]

---

[1] احكام القرآن للجصاص المرجع السابق ٢/٧٣-٧٤.

[2] الطلاق: ١.

[3] لمزيد من التفاصيل فتح البـاري بشـرح صـحيح البخـاري المرجـع السـابق (٩/٣٤٥) كتـاب الطلاق، باب قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾ ويراجع زاد المعاد في هدي خير العباد محمد خاتم النبـي يـن وأمـام المرسـلين للأمـام العلامة ابن قيم الجوزية (٤/٤٣) وما بعدها تحت عنوان (حكم رسـول الله (ﷺ) في تحريم طلاق الحائض والنساء والموطئة في طهرها وتحريم ايقاع الثلاث جملة). للدونـة الكـبرى في فقـه

ثالثاً: عدم اخراجهنّ من بيت الزوجية:

إذا كان الطلاق رجعياً حتى تنقضي عدتها. ويؤمن لها ما تحتاجه مــا دامــت في العــدة من مطعم، وملبس، ومشرب، ومسكن.

وذلك لقوله تعالى: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إِلا أَنْ يَـأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَـهُ لا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾.[1]

وفيه الأمر بتقوى الله قبل الأمر بعدم اخراجهن تحذير موجه الى الأزواج وكذلك في (وتلك حدود الله) ثم تعبير (من بيوتهنّ) لتوكيد حقهن في الاقامة بها بعد فترة العدة.

وفي الفقرة الاخيرة ﴿لا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾.[2] تعليل لعـدم اخـراجهن وذلك لاتاحة الفرصة للرجعة، واستئناف عواطف الحب والمـودة والوئـام بـالتفكير في نتـائج الافتراق وذكريات الحياة المشتركة حيث تكون الزوجة بعيدة بحكم الطلاق قريبة من العين.

وخلال فترة العدة له الحق في أن يراجعها بدون عقد جديـد بالفعـل والقـول عنـد بعـض الفقهاء، وبالقول فقط (كراجعتك) عند الآخرين. والفعـل كالمعاشـرة الزوجيـة. واذا أنتهـت العدة لا يحق له اعادتها الا بعقد جديد.

رابعا: الاشهاد على الطلاق والرجعة:

فعلى الزوج أن يطلق بحضور شاهدين وان يراجع زوجته أمام شاهدين حتى يكـون بعيـداً عن مواضع التهم. والاشهاد في هاتين الحالتين نص عليه القـرآن الكـريم في قولـه تعـالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾.[3] والأمر بحضور شاهدين عادلين للوجوب لان الوجوب هو مقتضى أمر الله مـا لم يقـم دليـل على خلاف ذلك.

المـالكي (١٠٤/٥)، المحلـى في الفقـه الظـاهري (١٠/١٦٤)، الشـوكاني نيــل الأوطــار (٦/٢٢٦).

[1] (الطلاق: ١).

[2] الطلاق: ١.

[3] الطلاق: ٢.

خامساً: عدم اكراه الزوجة:

على أن تَرُدَّ اليه شيئاً من الصداق، أو نفقة أنفقها أثناء الحياة الزوجية في مقابل تسريح الزوجة اذا لم تصلح حياته معها. لكن اذا دفعت شيئاًمن ذلك برضاها الى الزوج مقابل الطلاق لانها تكرهه وتريد التخلص منه مهما كلف الثمن فلا بأس في ذلك. ويسمى هذا الطلاق في اصطلاح الفقهاء (الخُلع).

قال سبحانه وتعالى بعد قوله: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾.[1]

فهذا النص يدل على مدى حرص الاسلام على حماية المرأة من الظلم الذي قد تتعرض له حين الطلاق.

واذا استانفا الحياة الزوجية بعد الطلاق الأول ثم رجع الخلاف والشقاق وسوء التفاهم فعلى الزوج أن يتّبع الخطوات الخمس التي سبقت الطلاق الأول بنفس الترتيب. واذا فشلت المحاولات يجوز للزوج التطليق مرة ثانية.

المرحلة السابعة: التطليق مرة ثانية

على الزوج في هذه المرة أيضاً أن يراعي جميع القيود التي فرضت على ارادته في الطلاق الأول من تفريق، وتوقيت، واشهاد، وعدم اخراج الزوجة اذا كان الطلاق رجعياً حتى تنقضي عدتها.

واذا عادا الى حياتهما الزوجية بعد الطلاق الثاني أمّا بالرجعة عندما يكون الطلاق رجعياً أو بعقد جديد حين يكون بائناً ثم رجعا الى نفس المأساة فعلى الزوج أيضاً اتباع الخطوات الخمس الأولى، فاذا لم يجد نفعاً فله اللجوء الى الطلقة الثالثة والأخيرة.

---

[1] البقرة: ٢٢٩.

المرحلة الثامنة: التطليق مرة ثالثة:

فاذا تم استيفاء الطلقات الثلاث تترتب عليه الأحكام الآتية:

١. عدم جواز ابقاء الزوجة في بيت الزوجية لانها اصبحت بائنة ومحرمة.

٢. عدم جواز اعادة الزوجة لا بالرجعة ولا بعقد جديد للبينونة الكبرى.

٣. للزوجة بعد أنتهاء عدتها أن تختار زوجاً آخر شريكاً لحياتها الزوجية.

٤. يجوز لها الرجوع الى الزوج الأول بالشروط التالية:

أ- ان تتزوج زوجاً آخر زواجا شرعياً.

ب- ان يدخل بها الزوج الثاني دخولاً شرعياً طبيعياً.

ج- ان يحصل الافتراق بالموت أو الطلاق أو التفريق القضائي.

د- ان تنتهي عدتها من هذا الافتراق.

فاذا توفرت هذه الشروط يجوز للزوج الأول أن يتزوجها اذا رغبا في ذلك لان كلا منهما مرَّ بالتجربة العملية فيتوقع نجاح الزواج بعد هذه التجربة.

حكمة هذا الإجراء:

١.ان الطلقة الثالثة تعتبر حتمية لاستفحال الخصومة بين الزوجين. وفسح المجال لهما من الشارع الحكيم أكثر من ذلك (طلاق فأمساك ففراق فعودة فسراح): اقرار للعبث واستمرار لتعاسة لا نهاية لها.

٢.تعليق جواز العودة – بعد الطلقة الثالثة – بالتزوج من زوج ثان قيد آخر اضافه الشارع الحكيم الى القيود الأخرى على الارادة في الطلاق تضييقاً لدائرته.

٣.ان تجربة الزوجة مع الزوج الجديد قد توضح أمامها كل حقيقة فتميز صوابها من خطأها بعد مقارنتها بين الحياتين مع الزوجين. وقل مثل ذلك بالنسبة الى الزوج أيضاً.

وفي ختام هذا المبحث فأعود وأقول للقراء الكرام تلك هي المبادئ العامة في اجراءات الطلاق أقرها القرآن الكريم بوضوح وهي حكيمة وسليمة لا تسمح للزوج أن يتسرع الى رباط الزوجية فيفصمه لأول وهلة ولأتفه الأسباب، ولا يدع هذا الرباط المقدس الروحي يفلت الا بعد المحاولة واليأس، وانه يهتف بالرجال: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ

فَعَسَى أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾.[١]

ولكن شتان ما بين ما يأمر به القرآن الكريم وبين ما يعمله أكثر المسلمين في العالم الاسلامي.

واقول بحرارة وكلكم معي: (لقد تحول هذا الدستور العظيم الخالد من التطبيق على الاحياء الى أغنية المقابر يترنّم ويتغنّى به للأموات)؟؟؟

حكم التحليل:

لهذا الموضوع صلة وثيقة مع ما سبق من أنتهاء العلاقة الزوجية بالطلقة الثالثة، وتحريم الزوجة، وعدم جواز استئناف الزواج الا بعد أن تنكح زوجا غيره.

وذلك لان التحليل: هو أن تتزوج المطلقة ثلاثاً رجلاً آخر بعد العدة بتواطئ مضمونه: أن يطلقها بعد معاشرتها حتى تحل للأول بعقد جديد.

وقد إختلف فقهاء المسلمين في حكم هذا الزواج كما يلي:

أ- قال أبو حنيفة وصاحبه محمد: العقد صحيح مطلقا سواء ذكر شرط التطليق في عقد الزواج أو قبله أو لم يذكر، لان الشرط باطل وليس مبطلاً. بناء على أصلهم: (ان الشرط الفاسد لايؤثر على صحة العقد المقترن به). اذا لم يكن عقد معاوضة.
أمّا بالنسبة الى حلها للأول فقد روي عن ابي حنيفة روايتان: إحداهما ترفض الحل على الرغم من صحة زواج التحليل.[٢] وقال محمد بعدم الحل لا لبطلان زواج التحليل، بل لان الزواج عقد العمر فيقتضي الحل للأول أن يموت الثاني أو يطلقها طلاقا إعتياديا فبشرط التحليل يصبح مستعجلاً للحل فيجازى بمنع مقصوده، كما في حرمان الوارث القاتل لمورثه من الميراث.[٣]

---

[١] النساء: ١٩.

[٢] ينظر الميزان للأمّام سيد عبدالوهاب الشعراني (٢/٩٩) وفيه: (قال ابو حنيفة: اذا تزوجها على أن يحلها لمطلقها ثلاثا وشرط أنه اذا وطئها فهي طالق أو فلا نكاح، أنه يصح النكاح دون الشرط، وفي حلها للأول عنده روايتان).

[٣] ينظر شرح فتح القدير (٣/١٧٧) وما بعدها. شرح الهداية على العناية هامش فتح القدير (٣/١٧٧). الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (٢/١٢٩). كتاب الفقه على المذاهب الاربعة للجزيري (٤/٧٨).

ب- وأخذ الأمّام مالك وفقهاؤه،[١] والأمّام احمد وفقهاؤه،[٢] والزيدية:[٣] باتجاه معاكس لما ذهب اليه أبو حنيفة من صحة الزواج مطلقا فقالوا: بفساده مطلقا سواء ذكر الشرط في العقد أو لا لان العبرة بالنيات والنية في زواج التحليل موجهة الى توقيته، والى شرط التطليق. وفي الحديث:

(لعن رسول الله (ﷺ) المحلل والُمحَلَّلَ له)[٤] واللعن دليل التحريم والفساد.

ج- وذهب الشافعية،[٥] وابو يوسف من الحنيفة،[٦] والجعفرية،[٧] والظاهرية:[٨] الى التفصيل فقالوا اذا ذكر الشرط مع العقد يكون فاسداً ولا تحل الزوجة للأول بعد الفرقة لانه شرط فاسد ومفسد.

أمّا اذا لم يذكر فالعقد صحيح يحقق غرض التحليل وان طلقها بعد المعاشرة حيث لا تأثير للنيات على صحة وفساد التصرفات.

الترجيح:

الراجح من وجهة نظري هو رأي من قال بفساد عقد التحليل مطلقا للأسباب الاتية:

١- التحليل عادة جاهلية شجبها الاسلام على لسان النبي (ﷺ) (لَعَنَ الله المحلل والُمحَلَّلَ له).[١]

---

[١] ينظر شرح للموطأ الأمّام مالك (رحمه الله) للقاضي ابي وليد سليمان الباجي (٣/٢٩٨). بداية المجتهد ونهاية المقتصد للأمّام ابن رشد (٢/٠٤٨) شرح الخرشي (ابي عبدالله محمد الخرشي) على مختصر خليل لأبي ضياء سعدي خليل طبعة بولاق (١٣١٧هـ، ٣/٢١٦).

[٢] منتهى الارادات الأمّام تقي الدين محمد بن احمد الشهير بأبن النجار، (٢/١٨٠).

[٣] ينظر التاج المذهب شرح متن الازهار في فقه أئمة الاطهار للعلامة احمد بن القاسم العنسي اليماني الصنعاني الطبعة الأولى، (٢/٢٨-٢٩).

[٤] عن ابن عباس قال: (لعن رسول الله (ﷺ) المُحَلِّلَ والمُحَلَّلَ له) (ابن ماجة: ١٩٢٤).

[٥] يقول الشافعي (رحمه الله) في كتاب الام (٥/٨٠): (لو نكحها ونيته ونيتها أو نية احدهما دون الاخر أن لا يمسكها الا قدر ما يصيبها فيحللها لزوجها ثبت النكاح).

[٦] ينظر شرح فتح القدير، والجوهرة، والهداية، المراجع السابقة.

[٧] ينظر شرائع الاسلام (٢/٣٣)، وفيه: (أمّا لو لم يصرح بالشرط في العقد، وكان ذلك في نيته، أو نية الزوجة، أو الولي لم يفسد).

[٨] ينظرمعجم فقه ابن حزم الظاهري، (٢/٧٢٥) المحلى لابن حزم (١٠/١٨٠) وفيه: (فلو رغب المطلق ثلاثاً الى من يتزوجها ليحلها له فذلك جائز اذا تزوجها بغير شرط لذلك في نفس عقده لنكاحه اياها... فلو شرط في عقد نكاحها أنه يطلقها اذا وطئها فهو عقد فاسد).

٢- التحليل مخالف لظاهر القرآن الكريم من وجوه منها:

أ/ فيه عزم على الزواج قبل أنتهاء العدة بالتواطئ وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾.[٢]

ب/ عقد وقتي ويكاد يكون الطلاق فيه امرا حتمياً في حين أن ماأورد في القرآن الكريم عقد دائمي وطلاق محتمل حيث قال تعالى:

﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾.[٣]

ولو صحَّ التحليل لقال القرآن (واذا طلقها) لان كلمة (ان) تستعمل في أمر مشكوك فيه، ولفظة (اذا) تستعمل في الأمر المحقق.

ج/ تشريع الزواج كان لمصلحة معلومة وغاية سامية فاستعماله في التحليل استعمال في غير حقيقته الشرعية وتلاعب في آيات الله وقد قال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا﴾.[٤]

٣. التحليل مخالف لسنة رسول الله (ﷺ):

أ / ففي الترمذي والمسند من حديث ابن مسعود (ﷺ) قال: (لعن رسول الله (ﷺ) المحلِّل والمُحَلَّلَ له)[٥]

قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح. وفي المسند من حديث ابي هريرة (ﷺ) مرفوعاً (لعن الله المُحَلِّلَ والمُحَلَّلَ له)، وقال اسناده حسن. وفيه عن علي وعن النبي (ﷺ) مثله.[٦]

---

[١] عن علي (ﷺ) قال اسماعيل واراه قد رفعه الى النبي (ﷺ) أن النبي (ﷺ) قال: (لعن الله المُحَلِّلَ والمُحَلَّلَ له) ابو داود: (١٧٧٨).

[٢] (البقرة: ٢٣٥).

[٣] ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾ (البقرة: ٢٣٠).

[٤] (البقرة: ٢٣١). ينظر فتاوي ابن تيمية (٣٢/٦) اعلام الموقعين لابن قيم الجوزية (٣/٤٣).

[٥] عن ابن عباس قال: (لعن رسول الله (ﷺ) المُحَلِّلَ والمُحَلَّلَ له) (ابن ماجة: ١٩٢٤).

[٦] زاد المعاد لابن قيم الجوزية المرجع السابق (٤/٥-٦).

ب/ وفي سنن ابن ماجة من حديث عقبة بن عامر (ﷺ) قال: قال رسول الله (ﷺ): (الا أُخْبِرُكُمْ بِالتَّيْسِ الْمُسْتَعَارِ) قالوا: بلى يا رسول الله قال: (هو المحلل لعن الله الْمُحَلِّلَ والْمُحَلَّلَ له).[1]

قال ابن القيم: (فهؤلاء الرواة من سادات الصحابة، وقد شهدوا بلعنة أصحاب التحليل وهو المحلل والمحلل له، وهذا ما أخبر عنه الله فهو خبر صادق.[2]

ج/ عن ابن عباس سأل رسول الله (ﷺ) عن المحلل فقال: الا أنكاح رغبة لا أنكاح دلسة ولا استهزاء بكتاب الله ثم تذوق العسيلة.[3]

٤. مخالف لآثار الصحابة:

أ/ قال عمر بن الخطاب (ﷺ): (لا أوتي بمحلل ولا محلل له الا رجمتهما).

ب/ وقال علي بن ابي طالب (ﷺ): (لا ترجعوا اليه الا بنكاح رغبة غير دلسة ولا استهزاء بكتاب الله).[4]

٥. مخالف لآراء التابعين:

قال عبدالرزاق: اخبرنا ابن جريج قال: قلت لعطاء: فطلق المحلل فراجعها زوجها. قال: يفرق بينهما. وقال بكر بن عبدالله المزني: (أولئك يسمون في الجاهلية التيس المستعار).[5]

٦. مخالف لآراء تابعي التابعين:

قال اسحق: (لا يحل أن يمسكها لان المحلل لم تتم لـه عقـدة النكـاح).[6] وقال الأمام مالك: (يفرق بينهما).

٧. عدم تحقق الحكمة المقصودة من قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾.

وهي أن تذوق عشرة الزوج الجديد فتعرف حق زوجها السابق اذا كانت هي الناشزة. وحتى يراها في عصمة غيره يعاشرها معاشرة الأزواج فيثير ذلك في نفسه

---

[1] قال عقبة بن عامر: قال رسول الله (ﷺ): (الا أُخْبِرُكُمْ بِالتَّيْسِ الْمُسْتَعَارِ) قالوا: بلى يا رسول الله قال: (هو المحلّل لعن الله الْمُحَلِّلَ والْمُحَلَّلَ له). (ابن ماجة: ١٩٢٦).

[2] اغاثة اللهفان لابن قيم الجوزية (١/٢٨٥).

[3] اغاثة اللهفان (١/٢٨٧).

[4] المرجع السابق (١/٢٨٩).

[5] اعلام الموقعين (٣/٤٥).

[6] اغاثة اللهفان لابن قيم الجوزية (١/٢٨٥).

بواعث الندم أن كان قد ظلمها بالطلاق. فان استانفا عشرة جديدة من بعد ذلك رعى كل منهما حق صاحبه وعرف نعمة الله في عشرته فتدوم بينهما المودة. ولا تتحقق هذه الحكمة مالم يكن الزواج الثاني زواج رغبة لا اصطناع فيه.[1]

٨. زواج توقيت:

لانه يتم على أساس أن المحلل اذا عاشرها يطلقها فوراً والزواج للوقت باطل بالاتفاق.

٩. زواج بشرط:

فيشترط على المحلل أن يطلقها بعد معاشرتها حلاً.

١٠. زواج يتخلف فيه ركن الرضا:

لان الزوجة لا تقبل ولا ترضى بان يكون المحلل زوجاً لها بصورة دائمية.

١١. قول الشافعية والجعفرية والظاهرية مخالف لقوله تعالى { وان تبدوا مــا في أنفســكم أو تخفوه يحاسبكم به الله }[2] ولقول رسول الله (ﷺ) (انمَا الأعْمَالُ بالنِّيَّاتِ وَانمَا لِكُلِّ امْرِيءٍ مَا نَوَى).[3]

قال ابن القيم: (ولا فرق عند أهل المدينة، وأهل الحديث وفقهائهم: بين اشتراط ذلك بالقول، أو بالتواطيء، والقصد فان القصود معتبرة والأعمال بالنيات، والألفاظ لا تراد لعينها، بل للدلالة على المعاني فتترتب عليها أحكامها).[4]

فاذا ظهرت المعاني والمقاصد فلا عبرة بالألفاظ لانها وسائل وقد تحققت غاياتها.

---

[1] ينظر الاستاذ زكي الدين شعبان، الزواج والطلاق في الاسلام (ص: ١٠٧).

[2] سورة البقرة /٢٨٤.

[3] صحيح البخاري: (١).

[4] ينظر زاد المعاد المرجع السابق (٦/٤).

الفصل الثاني
صيغة الطلاق
نطاقها. اقترانها بالعدد. تعليقها والحلف بها

ونـوزّع دراسـة هـذه الموضـوعات علـى ثلاثـة مباحث:

المبحث الأول : نطاق صيغة الطلاق

المبحث الثاني : حكم صيغة الطلاق

المبحث الثالث : حكم التعليق في صيغة الطلاق

المبحث الأول

نطاق صيغة الطلاق

اتفق فقهاء المسلمين على أن صيغة الطلاق لفظاً أو كتابة أو اشارة ركن مـن أركانـه، الا أنهم اختلفوا فيها من حيث تضييق وتوسـيع نطـاق دائرتهـا ومـدى حـدودها علـى أربعـة اتجاهات نتناولها بالبحث في الفروع الأربعة التالية:

الفرع الأول

صيغة الطلاق في أضيق حدودها

حصر فقهاء الشيعة الأمامية صيغة الطلاق في دائرة ضيقة ولم يعترفوا بوقـوع الطـلاق خارجها.

قال الطوسي[١] في كتابه الخلاف[٢]: (صريح الطلاق لفظ واحد وهو قوله: (انت طالق، أو هي طالق، أو فلانة طالق) مع مقارنة النية لـه، فـان تجـرد عـن النيـة لم يقـع بـه شـيء، والكنايات لا يقع بها شيء قارنها النية أو لم تقارنها).

وقال المحقق الحلي[٣] في شرائع الاسلام[٤]: (ان يقول فلانة طالق أو يشير اليها بمـا يرفـع الاحتمال. فلو كان له واحدة فقال: زوجتي طالق صـح لعـدم الاحتمـال... فالصـيغة المتلقـاة لازالة قيد النكاح: (انت طالق، أو فلانة طالق، أو هذه) وما شـاكلها مـن الألفـاظ الدالـة على تعيين المطلقة).

---

[١] الأمام ابو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي.

[٢] الخلاف في الفقه الطبعة الثانية مطبعة تابان/طهران ١٣٨٢هـ ٢/ ٢٣١.

[٣] هو جعفر بن الحسن بن أبي زكريا يحيى بن الحسن بن سعيد الملقب بالمحقق وبالمحقق الحلي (٦٠٢-٦٧٦هـ).

[٤] ٢/ ٥٤-٥٥.

وجاء في المختصر النافع[1]: (الركن الثالث الصيغة ويقتصر على طالق تحصيلا لموضع الاتفاق).

وقال العاملي[2] في الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية: (واللفظ الصريح من الصيغة (انت، أو هذه، أو فلانة ـ ويذكر اسمها أو ما يدل على التعيين ـ أو زوجتي طالق) وينحصر عندنا في هذه اللفظة).

وقالوا: طلاق الأخرس بالاشارة المفهمة من الزوج، وبالقاء الزوجة القناع على رأسها ليكون قرينة على وجوب التستر منها[3].

وهم لا يرون وقوع الطلاق كتابة من دون لفظ ممن يحسنه سواء أكان الكاتب حاضراً أم غائباً على الأشهر عندهم لإصالة بقاء النكاح، وعن محمد بن مسلم عن الباقر: (وانما الطلاق أن يقول: أنت طالق). وحسنه زرارة عنه في رجل كتب بطلاق امرأته قال: (ليس ذلك بطلاق). لكن لو عجز عن النطق فكتب نأوياً به الطلاق صح[4].

ورفضوا الطلاق بالكنايات فقالوا: لا يقع بها شيء من الطلاق سواء أكانت ظاهرة أم خفية، وسواء نوى بها الطلاق أم لا[5].

والحاصل: أن الطلاق عندهم لا يقع الا بجملة متكونة مما يدل على تعيين الزوجة كاسمها أو الضمير أو الاشارة ومن لفظ (طالق) على أن تتوفر نية الطلاق لدى الزوج حين التلفظ بالصيغة.

واستدلوا على ذلك بأدلة كثيرة أهمها ما يلي:

١ـ اجماع الفرقة واخبارهم.

٢ـ الطلاق حكم شرعي يحتاج الى دلالة شرعية تدل على كونه صريحاً، وليس في الشرع ما يدل على غير ذلك.

٣ـ المرجع في ذلك ما يتعارفه الناس ولا يتعارف الا في لفظ الطلاق.

---

(١) ص٢٢٢.

(٢) الشهيد السعيد زين الدين الجبعي العاملي ٢/١٤٧.

(٣) الروضة البهية ٢/١٤٧.

(٤) شرائع الاسلام المرجع السابق ٢/٥٥.

(٥) الخلاف في الفقه المرجع السابق ٢/٢٣٢.

٤ـ الصريح ما لا يحتمل الا معنى واحداً أو يحتمل معنيين أحدهما أظهر منـه وأولى بـه وجميع ما عدا لفظ الطلاق يحتمل أمرين (معنيين) فصاعداً على حد واحد[1].

٥ـ لا عبرة بالسراح والفراق وان عبر عن الطلاق بهمـا في القـرآن الكـريم بقولـه: ﴿أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ و﴿أو فَارِقُوهُنَ﴾ لانهما عند الاطلاق لا يطلقان عليه فكانـا كنايـة عنه لا صراحة فيهما والتعبير بهما لا يدل على جواز ايقاعه بهما.

٦ـ الأصل بقاء النكاح الى أن يثبت شرعاً ما يزيله، فغير لفظ (الطلاق) لا يعتـبر مـن الثابت الذي يزيل هذا الأصل[2].

ولهذا التحديد من فقهاء الأمامية أهمية كبيرة على تضييق نطاق حوادث الطـلاق فهـو قيد يحدد ارادة الزوج. ولكن قد يرد عليه بعض الملاحظات منها:

١ـ أن هذا لا يطبق الا في العالم العربي أو بالنسبة لمـن يحسـن اسـتعماله اذ لكـل قـوم الزواج والطلاق بلغته الخاصة اذا كان اللفظ دالاً على المقصود.

٢ـ من أدلتهم تعارف الناس على لفظ (الطلاق) فهذا يدل على أن أي لفظ آخر تعارف عليه الناس يجوز به الطلاق مع أنهم لا يعتبرون العرف في هذا المجال.

---

[1] الخلاف في الفقه المرجع السابق، ٢/٢٣١ـ٢٣٢.

[2] الروضة البهية المرجع السابق، ٢/١٤٧.

الفرع الثاني

حصر الصيغ في طلاق وفراق وسراح ومشتقاتها

حصر فقهاء الظاهرية صيغة الطلاق في ألفاظ محددة بحيث لا يقع الطلاق الا بها وهي طلاق وسراح وفراق وما يشتق منها من فعل الماضي أو المضارع، أو اسم فاعل، أو اسم مفعول مثل: أنت طالق أو مطلقة، أو طلقتك، أو أنت طلاق. أو أنت مسرحة، أو سرحتك، أو أنت السراح، أو أنت مفارقة، أو فارقتك، أو أنت الفراق.

وبالاضافة الى تقييد ارادة الزوج بألا يتجاوز عن حدود هذه الالفاظ اشترطوا عليه أن تكون نيته حين استعمال الصيغة متوجهة الى أنهاء رابطة الزوجية، فان لم تقترن الصيغة بهذه النية لايقع الطلاق.

وبناء على ذلك قالوا: اذا قال الزوج لم أنو الطلاق يقبل منه في الفتيا مطلقاً. وأمّا في القضاء وبعد الخصومة فان كانت الصيغة لفظ (طلاق) أو لفظا مشتقا منه فلا يقبل منه دعوى عدم قصد ايقاع الطلاق، لان هذه الصيغة لا تستعمل في اصطلاح الشرع الا في حل عقد الزواج.

ولكن اذا كانت الصيغة أحد الفاظ السراح أو الفراق، فانه يقبل منه ذلك قضاء ايضا، لان هذه الألفاظ تستعمل في حل عقد الزواج وفي معان أخر على حد سواء.[1]

ودافع ابن حزم الظاهري عن حصر الصيغة في الألفاظ المذكورة، وعن اشتراط النية المقترنة بالصيغة، وعن عدم الاعتداد بالصيغ التي اعترف بها بقية الفقهاء. دفاعا مفصلا في كتابه المحلى يمكن تلخيصه فيما يلي:

أ ـ وجه اختيار الألفاظ المذكورة هو ورودها في القرآن الكريم بمعنى حل عقد الزواج فقال سبحانه وتعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾[2]. ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ﴾[1] ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ

---

[1] المحلى ١٠/١٨٥ وما بعدها.

[2] ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ (البقرة:٢٢٩).

لعـدتهن﴾[٢] ﴿وَلِلْمُطَلَّقَـاتِ مَتَـاعٌ بِـالْمَعْرُوفِ﴾[٣]. ﴿فَإِمْسَـاكٌ بِمَعْـرُوفٍ أَوْ تَسْـرِيحٌ بِإِحْسَـانٍ﴾[٤]. ﴿فَمَتِّعُـوهُنَّ وَسَـرِّحُوهُنَّ سَـرَاحاً جَمِـيلاً﴾[٥]. ﴿فَتَعَـالَيْنَ أُمَـتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ﴾[٦]. ﴿فَأَمْسِـكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْـرُوفٍ﴾[٧]. ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَـا يُغْـنِ اللَّهُ كُلّاً مِنْ سَعَتِهِ﴾[٨].

ب ـ واشتراط النية في الطلاق تطبيق للقاعدة الشرعية العامة التي ثبتـت علـى لسـان رسول الله ﷺ: ((إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى)).

ج ـ عدم الاعتداد بما عدا الالفاظ الواردة في القرآن الكريم لا مع النية ولا بدونها، لا في الفتيا، ولا في القضـاء، لانه لا يجوز تحريم محلل بحكم الله وتحليل محرم بحكمـه تعـالى بصيغة لم تثبت بالنص. كالفاظ خلية، وبرية، وانـت مـبرأة، وبارأتـك، وحبلـك علـى غاربك، الحقي بأهلك، وغيرها من الألفاظ التي جاءت فيها آثار مختلفة الفتيا، وهي لم تثبت لا في القرآن ولا في السنة النبوية، ولا حجة في غيرهما.

---

[١] ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلا تَنْسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ (البقرة:٢٣٧).

[٢] ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً﴾ (الطلاق:١).

[٣] ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ (البقرة:٢٤١).

[٤] (البقرة:٢٢٩).

[٥] ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً﴾ (الأحزاب:٤٩).

[٦] ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً﴾ (الأحزاب:٢٨).

[٧] ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجاً﴾ (الطلاق:٢).

[٨] ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلّاً مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعاً حَكِيماً﴾ (النساء:١٣٠).

ثم يقول ابن حزم: لا معنى للاشتغال بالفاظ جاءت فيها فتأوي فقهاء الامصار بـآرائهم، لانه لا يستحل تفريق نكاح مسلم، واباحة مسلمة لغير من أباحها الله تعـالى لـه، الا مقلـد ضـال بتقليده مستهلك هالك.

ويقول أن الالفاظ التي نقلت عن رسول الله ﷺ لا يحتج بهـا لعـدم الثقـة بـالرأوي، أو لاضطراب الرواية، أو لعدم فهم المقصود من المروي.

وعلى سبيل المثال: فيما روى عن الرسول من أنه قـال في تطليـق الجونيـة بنـت الجـون (الحقي باهلك)، يقول ابن حزم: لا حجة فيه لان الرسول لم يتزوجهـا حتـى يطلقهـا، ولانـه لم يطلق اية زوجة سوى حفصة رضي الله عنها طلقها فراجعها[1].

تقويم رأي الظاهرية:

لتحديد صيغ الطلاق واشتراط النية أهمية كبيرة في تقليل حوادث الطـلاق لكـن يوجـه اليهم نفس النقد الموجه الى الشيعة الأمّامية من عدم الاعتداد بالعرف الصـحيح السـائد، واهمال بيان حكم صيغة الطـلاق في غـير اللغـة العربيـة. وإذا أخـذنا بـرأي الظاهريـة (أو الأمّامية) تكون صيغ الطلاق كألفاظ سورة الفاتحة، فكما لا تصح صلاة إلا بقـراءة الفاتحـة باللغة العربية، كذلك لا يقع طلاق غير العربي كالعربي إلا بواحد من المصطلحات المـذكورة باللغة العربية، وفي هذا حرج بالنسبة لغير العرب، وقد قال سـبحانه وتعـالى: ﴿وَمَـا جَعَـلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾.

---

[1] ينظر المحلى ١٨٦/١٠.

الفرع الثالث

صيغة الطلاق كل صريح مطلقا وكل كناية مع النية

ذهب جمهور فقهاء الحنفية، واكثر المالكية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية، والاباضية الى أن صيغة الطلاق هي كل لفظ صريح في الطلاق سواء كـان مـع نيـة حـل عقـد الـزواج أو بدونها. وكل كناية مع النية.

هذا المجمل هو القدر المشترك بين الكل ولكنهم اختلفوا في التفصـيل كمـا في الايضـاح الآتي:

الحنفية:

قسموا صيغة الطلاق الى الصريح والكناية ووضعوا لكل منهما معياراً خاصاً:

أ- **معيار الصريح**: هو غلبة استعمال اللفظ في الطـلاق سـواء أكـان هـذا الاسـتعمال حقيقيا ام مجازيا، لغويا ام عرفيا، ورد به نص ام لا. فقول الزوج: الحـرام يلـزمني، أو عليَّ الحرام، يقع به الطلاق بلا نية لغلبة الاستعمال العـرفي، في حـين الفـاظ السـراح والفراق ومشتقاتهما الواردة في القرآن الكريم لا يقع بها الطـلاق الا بالنيـة لعـدم توفر غلبة الاستعمال.

جاء في المبسوط: (ولو قال لأمرأته سرحتك، أو فارقتك ولم ينو الطلاق لم يقـع شـيء عندنا)[1].

وفي الدر المختار شرح تنوير الأبصـار: (ومـن الالفـاظ المسـتعملة: الطـلاق يلـزمني، والحرام يلزمني، وعليّ الطلاق، وعليّ الحرام فيقع بلا نية للعرف)[2].

وقال الزيلعي: (الصريح هو ما ظهر المراد منه ظهوراً بيّنا حتى صار مكشوف المراد

---

[1] ينظر المبسوط للسرخسي ٦/٧٧، ٧٨. وفيه: (وعند الشافعي يقع الطلاق ـ أي بلا نية ـ وهما صريح عنده لان كتاب الله ورد بهما. ولكنا نقول: الصريح ما يكون مختصا بالاضافة الى النساء فلا يستعمل في غير النكاح وهذا لا يوجد في هذين اللفظين لان الرجل يقول سرحت ابلي وفارقت غريمي فهما كسائر الالفاظ المبهمة لا يقع بهما الطلاق الا بالنية).

[2] الدر المختار شرح تنوير الابصار مع حاشية ابن عابدين ٣/٢٥٢.

بحيث يسبق الى فهم السامع بمجرد السماع حقيقة كان أو مجازاً[١].

وحكم الصريح عندهم أنه يقع به الطلاق بلا نية[٢].

ب- **الكناية**: هي كل لفظ يحتمل الطلاق وغيره. ويقع بهـا الطـلاق بائنـاً مثـل (الحقـي بأهلك). أنت خلية بتة.. قال السرخسي[٣]: (وبعض المتأخرين مـن مشـايخنا يسـمون هذه الألفاظ كنايات، وهو مجاز لان هذه الالفاظ تستعمل في حقائق موجباتهـا، ولـذا يقع بها الطلقة البائنة).

ويستثني من هذه القاعدة ثلاثة الفاظ فيقع بها الطلاق رجعيا وهي: اعتـدي، استبرئي رحمك. أنت واحدة. ولا يقع الطلاق بالكناية الا مع النية، أو مـا يقوم مقامها من قرينـة[٤].

وتوضيح ذلك أن حالات استعمال الكنايات لا تخلو من ثلاثة:

١ـ حالة الرضاء وابتداء الزوج بالطلاق.

٢ـ حالة مذاكرة الطلاق وطلبه.

٣ـ حالة الغضب والخصومة.

ولن أقسام الكنايات بالنسبة لمفاهيمها ثلاثة:

١ـ صالح لجواب سؤال الطلاق فقط مثل: (أمرك بيدك) أي في العمل والطلاق.

٢ـ صالح للجواب والرد مثل: (اخرجي مـن عنـدي) أي لانـي طلقتـك أو لا تطلبـي الطلاق.

٣ـ صالح للجواب والشتم مثل: (انت خلية). أي خالية عن النكاح أو خالية عن الأدب.

وإذا قارنا هذه الأقسام بتلك الحالات نرى:

١ـ في الحالة الأولى تجب النية في جميع الاقسام لاحتمال الطلاق وغيره.

٢ـ وفي الحالة الثانية لا تجب الا في القسم الثاني لعدم الاحتمال في الأول والثالث.

٣ـ وفي الحالة الثالثة لا تجب النية في الأول لنفس السبب.

وحكم الكناية عند الحنفية: أنها يقع بها الطلاق بالنية أو ما يقوم مقامها.

---

[١] تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي.

[٢] يراجع البحر الرائق ١٦٩/٣. شرح فتح القدير ٤٤/٣. الدر المختار شرح تنوير الأبصار ٢٥٢/٣.

[٣] المبسوط المرجع السابق ٧٣/٦.

[٤] يراجع بدائع الصنائع ١٠٦/٣.

المالكية:

مذهب الأمّام مالك (رحمه الله) ـ حسب ما اطلعت عليه ـ يمكن أن يعتبر اكثر المذاهب اضطرابا وتناقضا في الآراء بالنسبة الى صيغة الطلاق، فمنهم من يأخذ بأقصى حد تضييق نطاق الصيغة، ومنهم من يذهب الى أبعد حدود التوسيع في ذلك.

فالمشهور عندهم: أن اللفظ الصريح الذي ينحل بـه عقـد الـزواج دون غـيره مـن سـائر الالفاظ هو ما يتوفر فيه أمران: مادة (ط. ل. ق) في اللفظ. والوضـع العـرفي الـذي ينقـل الصيغة من الخبر الى الانشاء. مثل: (انت طالق).

جاء في بداية المجتهد: (قال مالك واصحابه الصريح هو لفظ الطلاق فقط وما عدا ذلك كناية، وهي عنده ضربان: ظاهرة ومحتملة)[1].

وفي الفروق: (انت طالق يفيد الطلاق بالوضع العرفي)[2].

غير أن فقهاء المالكية قسموا الفاظ صيغة الطلاق من حيث الدلالة على عدد الطلقات الى الاقسام الخمسة التالية[3]:

١ـ ما يلزم به طلقة واحدة فقط ما لم ينو الزوج أكثر من ذلك مثل أنـت طـالق. أو قـد طلقتك.

٢ـ ما يلزم به ثلاث طلقات ما لم ينو ما دونها سواء كانت الزوجـة مـدخولا بهـا ام لا، مثل حبلك على غاربك (كتفك).

٣ـ ما يلزم به الثلاث مع نية الطلاق في غير المدخول بهـا كقـول الـزوج لزوجتـه: أنـت كـكلية أو كالدم أو وهبتك أو رددتك لأهلك، الا أن يقول نويت أقل من الثلاث فانـه يلزمه ما نوى. أمّا الزوجة التي دخل بها اذا خاطبها بأحد هذه الالفـاظ فانـه يلزمـه الثلاث، فان ادعى أنه نوى أقل من ذلك لا يصدق حيث لزمته الثلاث.

٤ـ ما يلزم به ثلاث مع نية الطلاق في المدخول بها وغيرها مثل خليت سبيلك أو ادخلـي الدار، أو الحقي بأهلك، أو تـستري، أخرجي.

٥ـ يقع به ما ينوي من العدد مثل: اذهبـي وانصرفي[1].

---

[1] بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٦١/٢.

[2] الفروق للقرافي ٣٨/١. حاشية العدوي ٤٣/٤.

[3] ينظر شرح الخرشي للأمّام سيدي ابي عبد الله محمد الخرشي على مُختصر خليل للأمّام ابـي ضياء سيدي خليل، طبعة بولاق ١٣١٧هـ، ٤٣/٤.

وسيأتي في الفرع الرابع آراء أخرى للمالكية ذهبت الى أكثر من ذلك.

ويبدو: أن هؤلاء الفقهاء عاشوا في بيئة كان عرفهـا يقضـي بمـا أقـروه في اجتهـاداتهم، بدليل ما جاء في تهذيب الفروق من أن الزام العقود في الطلاق وغيره ينبني في الفتوى على نية المتكلم أو على عرفه، لا على اللغة ولا على عرف غيره. وفي القضاء لمنازعـة غـيره لـه ينبني على عرفه لا على نيته[٢].

الشافعية:

المشهور عندهم أن الصريح هو الطلاق والسراح والفراق ومشتقاتها.

جاء في الأم: (قال الشافعي (رحمه الله): ذكر الله الطلاق في كتابه بثلاثة اسماء: الطـلاق، والفراق، والسـراح)[٣].

وجاء في المهذب[٤]: (الصريح ثلاثة الفـاظ: الطـلاق، وقـد ثبـت بعـرف الشـرع واللغـة. والسراح، والفراق بعرف الشرع واذا قال لزوجته طلقتك أو سرحتك أو فارقتك وقـع الطـلاق من غير نية، ولو ادعى سبق اللسان لم يقبل قضاءاً لانه يدعي خلاف الظـاهر ويُـديَّن فيمـا بينه وبين الله).

وتوسع الشافعية في صريح الطلاق بعد تقسيمه الى الصريح بنفسه والصريح بغيره فقالوا: الصريح خمسة الفاظ: الطلاق، والفراق، والسراح، والخلع، والمفـاداة، مـع ذكـر المـال أو نيتـه، ولفظة نعم اذا وقعت في جواب السؤال مع قصد التماس الانشاء[٥]. وفي غير المشهور عندهم السراح والفراق كنايتان.

وحكم الصريح هو أنه يقع به الطلاق بلا نية[٦].

والكناية: هي كل لفظ يحتمل الطلاق وغيره، ولا يقع بها الطلاق الا مع نية[٧].

---

(١) شرح الخرشي المرجع السابق ٤٣/٤ـ٤٤.

(٢) تهذيب الفروق هامش الفروق ٣٩/١.

(٣) الأم للشافعي ١٩٧/٥.

(٤) المهذب لابي اسحاق الشيرازي ٨٢/٢.

(٥) يراجع حاشية الباجوري على شرح الغزوي ١٤١/٢.

(٦) المرجع السابق ١٤١/٢. نهاية المحتاج ٤١٦/٦.

(٧) يراجع المهذب ٨٢/٢.

واختلفوا في مقارنة النية: جاء في المهذب[١]: (منهم من قال اذا قارنت بعض اللفظ مـن أوله أو من آخره وقع الطلاق. ومنهم من قال لا يصح حتى تقارن النية جميعها. وهـو ظـاهر النص لان بعض اللفظ لا يصلح للطلاق).

ويؤخذ مما ذكر أن نطاق صيغة صريح الطلاق عند الشافعية على المشهور أوسع بالنسبة لجمهور المالكية، فتكون حرية ارادة الزوج في الصيغة لديهم اكثر.

الحنابلة:

يتفق الحنابلة مع جمهور المالكية في معيار صـريح الطـلاق مـن اشـتراط مـادة الطـلاق والوضع العرفي. جاء في الاقناع[٢]: (الصريح ما لا يحتمل غيره وصريحه لفـظ الطـلاق ومـا تصرف منه غير أمر نحو طلّقي. ومضارع نحو أطلقك، ومطلّقة (بكسـر اللام). ويبدو أن وجـه استثناء هذه الالفاظ هو عدم اشتهارها في الطلاق.

وينبني على المعيار المذكور أن السراح والفراق من الكنايات. وان وردا في القرآن . جاء في المغني[٣] (ان الصريح في الشيء، ما كان نصاً فيه لا يحتمل غيره الا احتمالا بعيداً. ولفظا الفراق والسراح وان وردا في القرآن بمعنى التفرقة بين الزوجين، فقد وردا لغير ذلـك المعنـى وفي العرف كثيرا. قال تعـالى: ﴿وَاعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعاً وَلا تَفَرَّقُوا﴾.

ولفظة (نعم) من الصريح عندهم اذا وقعت في الجواب[٤].

ويتفق الخرقي[٥] من الحنابلة مع الشـافعية في أن السـراح والفـراق مـن ألفـاظ صـريح الطلاق، لانهما وردا في القرآن الكريم لحل عقد الزواج. وقال بعضهم[٦] أن صـريح الطـلاق لفظ الطلاق وحده وما تصرف منه لا غير، وأمّا الفراق والسـراح ومـا يشـتق منهمـا مـن الكنايات وهذا يتفق مع مذهب ابي حنيفة ومالك.

حكم الصريح عندهم: هو أنه يقع به الطلاق بلا نية.

---

[١] المرجع السابق.
[٢] الاقناع ٩/٣.
[٣] المغني والشرح الكبير، ٢٦٤/٨.
[٤] الانصاف ٤٦٧/٨. وفيه (لو قيل له اطلقت امرأتك؟ قال نعم واراد الكذب طلقت).
[٥] ينظر المغني لابن قدامة ١٢١/٧.
[٦] المرجع السابق.

جاء في الاقناع[1]. (واذا اتى بصريح الطلاق وقع نواه أو لم ينوه ولو كان هازلا أو لاعبا أو مخطئاً).

وفي رواية للأمّام أحمد لا يقع به الا مع نية وهذا يتفق مع الأمّامية والظاهرية.

جاء في الانصاف[2]: (لا يقع الا بنية أو قرينة غضب أو سؤالها أو نحوه).

وبناء على هذه الرواية لا يقع طلاق الهازل واللاعب والمخطئ.

حكم الكناية:

والكناية ما يحتمل الطلاق وغيره ولا يقع بها الطلاق الا مع نية أو ما يقوم مقامها من غضب أو خصومة أو طلب طلاق.

قال ابن رجب (كنايات الطلاق في حالة الغضب والخصومة لا يقبل فيها ارادة غير الطلاق بها وابن عقيل جعلها مع دلالة الحال صرائح)[3]، وبهذا يتفقون مع الحنفية في قيام القرينة مقام النية. ويشترط مقارنة النية عندهم.

جاء في الاقناع (لا يقع الطلاق الا أن ينويه بنية مقارنة مع اللفظ) وبذلك يتفقون مع الشافعية.

والطلاق الواقع بالكنايات رجعي ما لم يكن مستوفيا للثلاث في ظاهر مذهب الأمّام أحمد وهو قول الشافعي.

وقال ابو حنيفة كلها بوائن الا (اعتدي)، و(استبرئي رحمك)، و(انت واحدة)[4].

الاباضية:

يفهم مما ورد في جوهر النظام[5] أن الصريح ما يتحقق فيه أمران الوضع العرفي ومادة الطلاق حيث جاء فيه:

أمّا الصريح فهو لفظ جعلا　　من اصله لذاك وضعا نقلا

---

(1) ١١/٢.

(2) ٤٦٥/٨.

(3) القواعد لابن رجب القاعدة (١٥١) ص٣٢٣.

(4) المغني لابن قدامة، ١٣٣/٧.

(5) جوهر النظام في علمي الاديان والأحكام لأبي محمد عبد الله بن حميد السالمي، الطبعة السلفية ١٣٤٦هـ ٢١٥/٢.

أمّا الصريح فهو قد طلقتك   واختلفوا أن قـال فارقتك
فقيل من عبارة الصريح   وكنيةٌ قيل على الصحيح.
وبهذا يتفق رأيهم مع ما هو المشهور عند المالكية.

الزيدية:

يمكن اعتبار اتجاه فقهاء الزيدية في صيغة الطلاق أدق الى حد ما بالنسـبة لما قيـل في بقية المذاهب بصدد صيغة الطلاق. وهم أقروا تقسيم الصيغة الى الصريح والكناية كما يلي:

أ ـ **الصريح وحكمه:** الصريح هو ما لا يحتمل غير الطلاق[1]. هذا هو التعريـف الـذي اتفقوا عليه. لكن يفهم من كلام الصـنعاني[2] أن هـذا المفهـوم لا يتحقـق الا في لفظ (الطلاق) ومشتقاته حيث يقول: (بان يكون لفـظ الطـلاق مشـتملا علـى حروف مادته الاصول التي هي الطاء واللام والقاف)[3].
لكن في اعتقادي أن المقصود هو أعم من ذلك فكل لفظ لا يتحمل غـير الطـلاق صريح بقرينة ما قاله الصنعاني نفسه مباشرة بعـد هـذا الكـلام مـن أنـه (اذا طلقها بعجمي أي بلفظ موضوع للطلاق الصريح في العجم فانـه يقـع أن عـرف معنى ما تكلم به وانه يراد به الطلاق)[4]. وبقرينة ما جاء في البحر الزخـار مـن أن (الصريح ما لا يحتمل غيره بأي لفظ وقع)[5].

حكم الصريح: يقع به الطلاق ولو كان بدون نية اذا توفرت الشروط التالية:

١ـ أن تتحقق فيه صفة الصراحة بان لا يحتمل عنـد السـامع العـالم باللغـة غـير الطلاق.

٢ـ أن يتلفظ به المطلق. فاذا كتبه دون التلفظ به يعتـبر كنايـة لا صـريحاً. سـواء أكان التلفظ أنشاءً كانت طالق أم اقـراراً أم نـداءً كـان يقـول: يـا طـالق، ام

---

[1] التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الانصاف في فقه الائمة الاطهار القاضي الصنعاني ١٢٠/٢.

[2] الصنعاني (القاضي العلامة احمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني).

[3] التاج المذهب المرجع السابق.

[4] المرجع السابق، ١٢١/٢.

[5] البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار للأمام احمد بن يحيى بن المرتضى (ت ـ ٨٤١هـ) ١٥٥/٣.

اخباراً بان يقول لها: طلقتك بالأمس مثلا.

٣ـ أن يقصد اللفظ وهو عالم بانه موضوع للطلاق سواء قصد المعنى الذي يسمى نية ام لا وبناء على ذلك يقع طلاق الهازل والمازح، وكذلك طلاق من خاطب إمرأة بكلام (انت طالق) ظانا أنها زوجته ثم تبين خطـأوه. ولا فـرق بـين أن يكون اللفظ باللغة العربية أو بأية لغة أخرى ما دام قاصدا اللفظ عالما بانـه موضوع للطلاق.

ب ـ **الكناية وحكمها:** الكناية عبارة عن كل ما يحتمل الطلاق وغيره. ويعتبر كناية ما يلي:

١ـ كل لفظ صريح كتبه الزوج على شيء يمكن قراءته دون أن يتلفظ به.

٢ـ اشارة الأخرس ونحوه ممن لا يمكنه الكلام في الحال على أن تكون مفهمة للطـلاق فلو صدرت عمن يمكنه الكلام أو لم تكن مفهمة للطلاق لا تعتبر طلاقا.

٣ـ كل لفظ يتلفظ به الزوج ويكون موجها الى زوجته وهو يحتمـل الطـلاق وغـيره مثل (الحقي بأهلك).

حكم الكناية:

يقع بها الطلاق مع النية أي بان يقصد اللفظ والمعنى معا على أن تكون النية مقارنـة لأول اللفظ أو مخالطة لحروفه، فاذا كانت متقدمة أو متأخرة فلا يقع الطلاق[1].

[1] ينظر التاج المذهب المرجع السابق ١١٩/٢-١٢٣.
البحر الزخار المرجع السابق ١٥٥/٣ وما بعدها.
الروضة الندية ٥٧/٢ وما بعدها.
نيل الأوطار للشوكاني، ٢٤٢/٦.
الدراري المضيئة شرح الدرر البهية كلاهما للأمام محمد بن علي الشوكاني ٧٢/٢.

الفرع الرابع
صيغة الطلاق في أوسع حدودها

ذهب بعض الفقهاء من المالكية والشافعية الى أبعد ما يتصوره الانسـان بصـدد صـيغة الطلاق، فقالوا: بوقوع الطلاق بكل لفظ اقترن بالنية، ولم يقفوا عند هذا الحد بل أقروا وقوع الطلاق بالحديث النفسي:

أولا . الطلاق بكل لفظ يقترن بالنية:

قال الدردير: (وان قصد الطـلاق بـ (اسقيني الماء) أو بكـل كـلام كـأدخلي، وكلـي، واشربي.. لزمه ما قصده من الطلاق والعدد)[1]. وبناء على هذا الرأي اذا قـال لزوجتـه (اسقيني الماء) واراد الطلاق ثلاثا تقع الطلقات الثلاث ولا تحل لزوجها حتى تنكح زوجا غيره.

وقال الدسوقي تعليقا على قول الدردير: (أو بكل كلام آخر) أي ولـو صـوتاً سـاذجاً أو مزماراً)[2].

وجاء في المنتقى شرح الموطأ: (ومن قال لأمرأته: كلـي واشـربي مـن الالفـاظ الـتي لا تستعمل في الطلاق حقيقة ولا مجازا، فقد قال مالـك يلزمـه الطـلاق، وقـال أبـو حنيفـة والشافعي لا يلزمه طلاق. وقال بعض أصحابنا أن هذا مبني على أن مجرد النية يقع بـه الطلاق). ومذهب ابن القاسم يقتضي أن لا يقع الطلاق في هذه المسألة بمجرد النية وانما يقع بما قارن النية)[3].

أي لا خلاف بينهم في وقوع الطلاق، وانما في أنه هل يقع بالنية المقترنة باللفظ أو باللفظ المقترن بالنية؟

وجاء في المهذب: (واختلفوا فيمن قال لأمرأته: (كلي)، (واشربي) ونوى الطلاق، فمـنهم

---

[1] الشرح الكبير للدردير ٢/٣٨٣.

[2] ينظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي احمد الدردير، ٢/٣٨٣.

[3] المنتقى شرح موطأ الأمّام مالك ٤/١٦.

من قال: لا يقع، ومنهم قال: يقع، وهو الصحيح)[1].

ومن الغريب العجيب أن يحكم مثل هذا الفقيه الكبير على القول القائل بوقوع الطـلاق بلفظي (كلي واشربي) بانه هو الصحيح.

يا ترى هل رابطة الزواج الى هذه الدرجة هينة هزيلة مهزوزة في نظر الشريعة الاسلامية، حتى تنهدم بكلام لا صله له من قريب أو بعيد مع حل عقـد الـزواج الـذي اعطـى لـه القرآن الكريم أهمية لا مثيل لها من بين جميع القضايا التي ورد بحث أحكامها في هذا الدستور الخالد!!!

ثانيا . الطلاق بالحديث النفسي:

أي أن الزوج اذا أنشأ الطلاق في ذهنه بكلامه النفسي كما ينشئه بلسـانه[2] مـن غـير تلفظ به ففيه خلاف على ثلاثة أقوال:

الأول- أن ما لم ينطق به الانسان من طلاق عفو غـير لازم بالنيـة والقصـد وهـذا قـول الجمهور.

الثاني- يقع الطلاق بالحديث النفسي اذا جزم عليه وهذه رواية أشهب عن مالك.

الثالث- التوقف فيها: قال عبد الرزاق عن معمر: سئل ابن سيرين عمن طلـق في نفسـه فقال: اليس قد علم الله ما في نفسك؟ قال: بلى. قال فلا أقول فيه شيئاً[3].

وجاء في روض النضير: (روى اشهب عن مالك أنه يقع اذا جزم به وروى أيضـاً عـن الزهري)[4].

واستدل من قال بوقوع الطلاق بالحديث النفسي بالأدلة التالية:

١ـ قال تعالى: ﴿وَإِن تُبْدُوا مَا فِي أَنفُسِكُمْ أَوْ تُخْفُوهُ يُحَاسِبْكُم بِهِ اللَّهُ﴾[5].

---

[1] المهذب لأبي اسحاق الشيرازي ـ الفقه الشافعي ـ ٨٢/٢.

[2] أي ليس معنى الكلام النفسي أن ينوي الطلاق ويصمم عليه ثم يعدله، ولا أن يعتقد الطلاق بقلبه من غير نطق بلسانه فانه لا يلزمه في ذلك طلاق اجماعا. ينظر شرح الخرشي ٤٩/٤.

[3] ينظر ابن القيم الجوزية، زاد المعاد المرجع السابق ٣٧/٤.

[4] الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للصنعاني (ت ١٢٢١هـ) ١٦٣/٤.

[5] (لِلَّهِ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَإِن تُبْدُوا مَا فِي أَنفُسِكُمْ أَوْ تُخْفُوهُ يُحَاسِبْكُم بِهِ اللَّهُ فَيَغْفِرُ لِمَن يَشَاءُ وَيُعَذِّبُ مَن يَشَاءُ وَاللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ) (البقرة:٢٨٤).

٢ـ قال النبـي ﷺ ((إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى))[١].

٣ـ قال النبـي ﷺ ((ان من كفر في نفسه فهو كفر))[٢].

٤ـ أن المصر على المعصية فاسق مؤآخذ وان لم يفعلها.

٥ـ أعمال القلوب في الثواب والعقاب كأعمـال الجـوارح، ولهـذا يثـاب علـى الحب والبغض والموالاة والمعاداة في سبيل الله. وعلى التوكل والرضا والعزم. كما يعاقب على الكبر، والحسد، والعجب، والشك، والرياء، وظن السوء بالابرياء.... ويؤخذ مما ذكرنا أن نطاق صيغة الطلاق في النطاق الرابع واسع بدرجة أن الزوج يتمتع بحرية كاملة في اختيار صيغة الطلاق.

مناقشة هذه الآراء:

١ـ شرط احتواء صريح صيغة الطلاق لمادة (ط. ل. ق) أو السراح أو الفراق. يتنافى مـع الحقيقة القائلة بان الاسلام شريعة صالحة لكل زمان ومكان، وعامة لكل قوم وجنس. وان احكامها المبنية على الاعراف تتغير بتغير الازمان والامكنة. يقول ابن القـيم:[٣] (والله سبحانه وتعالى ذكر الطلاق ولم يعين لـه لفظـا، فعلـم أنـه رد النـاس الى مـا يتعارفونه طلاقا. فأي لفظ جرى عرفهم به وقع به الطلاق مع النية. والألفاظ لا تراد لعينها بل للدلالة على مقاصد لافظها. فاذا تكلم بلفظ دال على معنـى وقصـد بـه ذلك المعنى ترتب عليه حكمه، ولهذا يقع الطلاق من العجمـي والتركـي والهنـدي... بألسنتهم. بل لو طلق أحدهم بصريح الطلاق في العربية ولم يفهم معناه لم يقع به شيء قطعا.

٢ـ شرط النية في صريح الطلاق شرط طبيعـي بالنسـبة لشـريعة تأخـذ الواقـع بنظـر الاعتبار ولا تعير الأهمية لعمل يخلو عن النية. وقـول النبـي ﷺ ((إِنَّمَـا الْأَعْمَـالُ بِالنِّيَّاتِ)) قاعدة عامة مرعية في العبادات والمعاملات فكيف تهمل في تصـرف لـه خطورته البالغة على كيان الأسرة ومستقبلها.

والراجح هو ما ذهب اليه الجعفرية والظاهرية ورواية عن الأمام أحمد من أن الطـلاق لا يقع الا مع النية ولو كان اللفظ صريحا فيه.

---

[١] سنن النسائي ١٥٨/٦.

[٢] يراجع زاد المعاد ٣٨/٤.

[٣] يراجع زاد المعاد، المرجع السابق.

٣- أن تقسيم الألفاظ الى صريح وكناية وان كان تقسيماً صحيحاً في أصل الوضع، لكـن يختلف باختلاف الأشخاص والأزمنة والأمكنة والأعراف. فلـيس حكمـاً ثابتـاً للفـظ لذاته، فرب لفظ صريح عند قوم كناية عند آخرين، أو صريح في زمان ومكان كناية في غير ذلك الزمان والمكان. والصحيح الذي يجب الأخذ به هو ما ذهب اليه الأحنـاف والزيدية وبعض المالكية من أن ضابطة الصريح هي غلبة الاستعمال في عرف المُطَلِّق، وان أنشغال فكر الفقيه أو المفتي أو القاضـي ببعض صـيغ اسـتعملت قبـل مئـات السنين مثل: خلية، إلحقي بأهلك، اعتدي.. فهو أمر لا يقبله المنطق السـليم، وتجاهـل عن واقع المجتمع ومحاوراته.

يقول القرافي[1]: أنك لا تجد الناس يستعملون هذه الصيغ المتقدمة في ذلك، بل تمضي الأعمار ولا تسمع أحداً يقول لامرأته اذا أراد طلاقها: أنت خلية، ولا وهبتك لأهلك.

٤- القول بوقوع الطلاق بكل لفظ اقترن بالنية يصطدم مع القواعد اللغوية والشـرعية، حيث أنه يستلزم القول بوقوع الطلاق بالغلط وهو استعمال اللفظ في غير ما وضع له في اصطلاح به التخاطب مع عدم وجود العلاقة المعتبر نوعها بينه وبين ما وضع لـه، في حين أن علماء اللغة متفقون على عدم ترتب الآثار على الغلط.

ثم أنه يصطدم أيضاً مع القواعد الشرعية القائلة بان كل لفظ لا يجوز دخول المجـاز فيه لا تؤثر النية في صرفه عن موضعه، لان النية لا تصرف اللفظ الى معنى الا اذا كان يجوز الصرف اليه لغة[2].

وبالاضافة الى ذلك فان القول المذكور على فرض قبوله لا يصح الا بالنسـبة للفتـوى دون الحكم، لان الزام العقود من طلاق وغيره ينبني على نية المتكلم أو عُرفـه فيمـا يرجع الى الفتوى، وأمّا ما يرجع الى الحكم فانه لمنازعة غيره له لا يحكم فيه الا بعُرفه لا بنيته لاحتمال كذبه[3].

٥- القول بان الطلاق يقع بالحديث النفسي هو الآخـر يصـطدم مـع المنطـق الاسـلامي، ويتعارض مع نصوصه وقواعده الكلية. وقد قـال النبـــي ﷺ: ((ان الله تجـاوز عـن أمتي كل شئ حدثت به أنفسها ما لم تتكلم به أو تعمل)). وفي رواية أخرى: ((ان الله

---

[1] يراجع الفروق للقرافي ٤٤/١.

[2] سنن النسائي ١٥٦/٦، وما بعدها. المحلى لابن حزم ١٩٨/١٠.

[3] يراجع تهذيب الفروق هامش الفروق ٣٩/١.

تجاوز لأمتي عما وسوست وحدثت به أنفسها ما لم تخرجه بقول أو عمـل))[1]. ثـم أن قول النبـي ﷺ المشهور: ((انما الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ)) قاعدة عامة يستنبط منهـا أن الاسلام لا يعير الأهمية للنية وحدها ولا للعمل وحده.

٦- أن القرآن الكريم نص على أن الطلاق الثلاث يقع بثلاث مـرات، فقـال ﴿الطَّـلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾، والتسريح بإحسان هو المرة الثالثة، فما ذكر من الآراء كله بالنسبة للطلاق الثلاث مخالف لهذا النص الكريم.

وأمّا الأدلة التي سردها أصحاب هذا الرأي فانها تُردّ بالوجوه الآتية:

أ ـ لا حجة في الآية، لانها تدل على محاسبة العبد بما يبديه أو يخفيـه، ثـم يعذبـه الله أو يغفر له، ولا تدل على أن الأحكام الشرعية لازمة لما يخفيه فـلا يؤخـذ منهـا وقـوع الطلاق بالكلام النفسي[2].

ب ـ حديث ((انما الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ)) حجة عليهم لا لهم، لانه يدل على أن العمـل مـع النية معتبر، لا النية وحدها.

ج ـ وانما كان اعتقاد الكفر كفراً لان الايمان أمر وجودي قائم بالقلب، فاذا أنتفـى وهـو عالم به حل محله الكفر.

د ـ المصر على المعصية فاسق لعمل المعصية أولا، واستمراره عليهـا ثانيـا. فهنـا عمـل اتصل به العزم على معاودته، وأمّا مجرد القصد مـن دون عمـل فلـيس بمعصـية وان استمر.

هـ ـ أمّا الثواب والعقاب على بعض من أعمال القلوب كالكبر والعجب.. فلكون هـذه الأعمال أسماء لمعان قائمة بالقلب، بخلاف الطلاق فانه اسم لمسمى قائم باللسـان أو مـا ناب عنه من إشارة أو كتابة، وليس اسما لما في القلب مجردا عن النطق، فلا شـبه بـين الحالتين حتى تقاس إحداهما على الأخرى[3].

---

[1] يراجع سنن النسائي ١٥٨/٦. والرواية المتفق عليها هي: (ان الله تجاوز لأمتي عما حدّثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تتكلم).
نيل الأوطار ٢٧٤/٦.

[2] يراجع زاد المعاد ٣٨/٤.

[3] يراجع الروض النضير ١٦٤/٤.

صيغة الطلاق في بعض قوانين الأحوال الشخصية المستقاة من الشريعة الاسلامية:

القانون العراقي[1]: (لا يقع الطلاق الا بالصيغة المخصوصة له شرعاً) (م٣٤).

المصري[2]: (كنايات الطلاق وهي ما يحتمل الطلاق وغيره لا يقع بها الطلاق الا بالنيــة) (م٤).

المغربي[3]: (يقع الطلاق باللفظ المفهم له، وبالكتابة. ويقع من العــاجز عنهمــا باشــارته المعلومة) الفصل (٤٦).

التونسي[4]. لم يتطرق للصيغة.

الاردني[5]: (يقع الطلاق باللفظ أو الكتابة. ويقع من العاجز عنهما باشارته المعلومــة) (م٨٦).

السوري[6]: (يقع الطلاق باللفظ وبالكتابة. ويقع من العاجز عنهما باشــارته المعلومــة) (م٨٧).

الجزائري[7]: لم يتطرق لبيان الصيغة.

ولم أطلع على بقية القوانين لعدم تيسرها.

وجميع هذه القوانين المذكورة تعتبر ناقصة بالنسبة لتحديد صيغة الطلاق التي هــي مــن أهم أركان الطلاق.

ووضوح النقص يغنينا عن البيان والتعليق.

---

[1] رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.

[2] رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ المعدل بقانون رقم (٤٤) لسنة ١٩٧٩.

[3] مدونة الاحوال الشخصية الصادرة ١٩٥٧ والمعمول بها حاليا.

[4] مجلة الاحوال الشخصية التونسية الصادرة ١٩٥٦ المعمول بها حاليا.

[5] قانون مؤقت رقم (١٦) لسنة ١٩٧٦.

[6] رقم (٣٤) لسنة ١٩٧٥ المعدل.

[7] المشروع التمهيدي الصادر ١٩٨١.

لذا أقترح أن يكون التحديد كالآتي:

(كل لفظ يكون حقيقة شرعية أو عرفية في حل عقد الزواج يقع بـه الطـلاق مـع نيـة مقترنة به حين التلفظ أو الكتابـة في أي لغـة كـان، وتعتمـد بالاشـارة المفهمـة مـن العـاجز عنهما).

المبحث الثاني

حكم الصيغة المقترنة بالعدد

حدد القرآن الكريم أن يكون الطلاق ثلاثاً موزعاً على ثلاث دفعات في قوله تعالى: ﴿الطَّلاقُ مَرَّتَان فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَان﴾. واعتبر ذلك التوزيع قيداً آخر على ارادة الزوج حين الاقدام على الطلاق.

لكن ما الحكم لو استعجل الزوج فطلقها ثلاثاً مرة واحدة مثل: (انت طالق ثلاثا) أو (انت طالق وطالق وطالق) أو (انت طالق ثم طالق ثم طالق) أو (انت طالق، أنت طالق، أنت طالق) أو (انت طالق عشر طلقات) أو (انت طالق مائة طلقة) أو نحو ذلك من العبارات الأخرى؟

لقد حصل الخلاف لفقهاء المسلمين منذ صدر الاسلام في هذا الحكم. وأصبح الخلاف مسألة طويلة الذيل، كثيرة النقول، متشعبة الأطراف، تُكلف الاحاطة بها وبأدلتها وقتاً كثيراً، وموسوعة ضخمة. فهي ليست مسألة يناقشها الجامدون المقلدون الذين يعطون لأقوال الفقهاء قوة نصوص القرآن ، ولا المجددون العصريون الذين يتخذون من تسامح الاسلام وسيلة للتساهل في كل أصوله وفروعه. وانما هي بحث علمي يجب أن يكون النقاش فيه على ضوء ما ورد في القرآن الكريم والسُنة النبوية، مع الاستعانة بآثار الصحابة والتابعين وآراء بعض الفقهاء من المذاهب الاسلامية المدونة والمعروفة دون تقيد أو تعصب لمذهب معين.

ويمكن ارجاع تلك الآراء الخلافية الى الأربعة الآتية:

١ـ لا يقع شيء (لا واحدة، ولا اثنتان، ولا ثلاث).

٢ـ يقع ما أوقعه الزوج في المدخول بها، وواحدة في غير المدخول بها.

٣ـ يقع ما أوقعه الزوج مطلقاً (في المدخول بها وغير المدخول بها).

٤ـ تقع واحدة مطلقاً.

ونوزع استعراض هذه الآراء ـ حسب التسلسل المذكور ـ مع بيان أدلتها ومناقشتها على أربعة فروع.

الفرع الأول
الرأي القائل بعدم وقوع الطلاق

اذا جمع الزوج بين الطلقات الثلاث وطلق زوجته ثلاثا مرة واحدة خلافاً لما أمر به القرآن الكريم والسُّنة النبوية، فان حكمه عند بعض الفقهاء، هو عدم وقوع الطلاق.

جاء في الروضة البهية: (لو فسر الطلقة بأزيد من الواحدة كقوله: (انت طالق ثلاثاً) لغى التفسير ووقع واحدة. وقيل يبطل الجميع لانه بدعة لقول الصادق: من طلق ثلاثاً فليس بشيء. من خالف كتاب الله رد الى كتاب الله، وحمل على ارادة عدم وقوع الثلاث التي أرادها)[1].

يقول ابن تيمية: (من طلق زوجته في طهر واحد بكلمة واحدة أو كلمات مثل: أنت طالق ثلاثاً، فيه ثلاثة أقوال من السلف والخلف، وقول رابع محدث مبتدع وهو الذي قاله بعض المعتزلة والشيعة فلا يعرف عن أحد من السلف وهو أنه لا يلزمه شيء.)[2].

وقال ابن القيم: (وهذا المذهب حكاه ابن حزم، وحكي للأمام أحمد فانكره)[3].

وقال الاستاذ الشيخ علي الخفيف[4]: (وهذا مذهب جماعة من التابعين كما حكى الليث بن سعد، وابن علي، وهشام بن الحكم، وأبو عبيدة، والقاضي الحجاج بن أرطأة[5] واليه ذهب جمهور الشيعة).

واستدل من قال بعدم وقوع الطلاق: بان الجمع بين الثلاث مخالف لنص ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾. والمخالف للنص بدعة، والبدعة مردودة لقول النبي ﷺ: ((من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد))[6].

---

[1] الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهيد السعيد زين الدين الجبعي العاملي ١٤٨/٢.
[2] مجموع فتاوى ابن تيمية ـ مكتبة المعارف ـ الرباط ـ المغرب، ٩/٣٣.
[3] زاد المعاد لابن القيم، ٥٤/٤.
[4] في كتابه فرق الزواج ص٣٢.
[5] توفي سنة ١٤٥هـ.
[6] وفي رواية فهو مردود.(صحيح مسلم : ٣٢٤٣)

مناقشة هذا الرأي:

١ـ المخالف للنص هو الزيادة على الواحد لا الكل، فاذا قال: (انت طـالق ثلاثـاً) تقـع واحدة، وتلغو الزيادة، وهذا شان كل عمل قابل للتجزئة يكون بعض أجزائه مشروعة وبعضها غير مشروعة.

٢ـ ابن حزم الذي ينسب اليه هذا القول، أخذ برأي الجمهور القائل بوقوع ما أوقعه الزوج مطلقا، ويقول: لو كانت بدعة لوجب أن ترد وتبطل، لكنها ليست بدعـة، بـل يجوز الجمع بين الثلاث ويقع الكل.

٣ـ أن هذا المذهب شاذ يكاد أن يكون مخالفاً لما أجمع عليـه المسـلمون، فهـو لـيس رأي الشيعة، كما يقول ابن تيمية، ولا رأي أكثرهم، كمـا تصـوره الأسـتاذ الشـيخ علـي الخفيف، بل أكثرهم على خلاف ذلك. يقول الطوسي[1]: (اذا طلقها ثلاثاً بلفظ واحـد كان مبتدعاً، ووقعت واحدة عند تكامل الشروط عند أكثر أصحابنا. وفيهم من قال لا يقع شيء. أصلا وبه قال علي وأهل الظاهر).

ونسبة هذا الرأي من الطوسي الى أهل الظـاهر لـيس صـحيحاً علـى الاطلاق كمـا ذكرنا[2].

وفي رياض المسائل: (لو فسر الطلقة باثنتين أو ثلاثاً صحت واحدة وبطل الزائدة ومنه يظهر ضعف ما قيل من أنه يبطل الطلاق رأساً. والمـراد بـالرد الى السُـنة الـرد الى الواحدة لا البطلان)[3].

اذا هذا الرأي لا يعتد به لانه بالاضافة الى عدم وجود دليل يعززه، فانه لم يقل بـه الا فئة قليلة مجهولة.

---

[1] ينظر كتاب الخلاف للطوسي، ٢/٨٩.

[2] ينظر المحلى لابن حزم الظاهري ١٠/١٧٤.

[3] ينظر رياض المسائل المجلد الثاني ـ كتاب الطلاق.

الفرع الثاني

التفريق بين طلاق المدخول بها وغير المدخول بها

نسب هذا المذهب الى جماعة من أصحاب ابن عباس، والى اسحاق بن راهوية فيما حكاه عنه محمد بن نصر المَرْوَزي في كتاب اختلاف العلماء، قالوا: يقع الثلاث أن كانت المطلقة مدخولة، وواحدة أن لم تكن كذلك. وأوردوا لذلك بعض الحجج منها:

١- روى ابو داود عن طأووس أن رجلا يقال له أبو الصهباء كان كثير السؤال لابن عباس قال: أمّا علمت أن الرجل كان اذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدراً من أمّارة عمر؟ قال ابن عباس: (بلى كان الرجل إذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدراً من أمّارة عمر، فلما رأى عمر أن الناس قد تتابعوا فيها قال: أجيزوهن عليهم)[١].

قالوا: الزام عمر الثلاث كان في حق المدخول بها وحديث ابن الصهباء في غير المدخول بها، وان في هذا التفريق موافقة المنقول من الجانبين[٢].

٢- قالوا: أن غير المدخول بها تبين بقول الزوج (انت طالق) فيصادفها لفظ (ثلاثاً) وهي بائن فيلغو. يقول العسقلاني: (ووجهوه بان غير المدخول بها تبين اذا قال لها زوجها أنت طالق، فاذا قال ثلاثاً لغى العدد لوقوعه بعد البينونة)[٣]. وجاء في المبسوط: (اذا قال لامرأته - ولم يدخل بها - أنت طالق ثلاثاً، تطلق ثلاثاً عندنا وهو قول عمر وعلي وابن عباس وابي هريرة. وقال الحسن البصري: تقع واحدة بقوله طالق فتبين الا الى عدة، وقوله (ثلاثا) يصادفها وهي أجنبية فلا يقع بها شيء.)[٤].

---

[١] ينظر نيل الأوطار للشوكاني، ٦/٢٥٩.

[٢] زاد المعاد لابن القيم، ٤/٥٥.

[٣] فتح الباري صحيح البخاري، ٩/٣٦٣.

[٤] المبسوط للسرخسي، ٦/٨٨.

مناقشة هذه الحجج:

١ـ جواب ابن عباس كان على وفق السؤال فذكر له حكم ذلك، وهذا لا يعـني أن حكـم المدخول بها يختلف عن هذا الحكم، ويؤيده الاطلاق الوارد في حديث ابن عباس: (كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر...) الى آخره الذي سيأتي بيانه. وبالاضـافة الى ذلك قال الشوكاني في نيل الأوطـار (٩/٢٥٩): قـال النسـائي: (هـذا حـديث منكر).

٢ـ القول بانها تصبح بائنة بقوله: (انت طالق) فيلغو ثلاثاً مخالف للعرف واللغـة حيـث أن عبارة (انت طالق ثلاثاً) متصلة يتوقف فهم أولها على آخرها[1]، والاحتجاج بـه من قبيل الاحتجاج بقوله تعالى: ﴿لا تَقْرَبُوا الصَّلاةَ﴾ واهمال قوله: ﴿وَأَنتُمْ سُكَارَى﴾، فانت طالق ثلاثاً كلام متصل فلا يصح جعله كلمتين وتعطى كل كلمة حكمها. وهـذا يختلف عن قول الزوج: (انت طالق، أنت طالق، أنت طالق) لان كل جملة مسـتقلة عن الأخرى، ولا يتوقف فهم أولها على آخرها، فعند ارادة الاستئناف يجوز أن يقال بانهـا تبين بالأولى، وتلغو الثانية والثالثة. جاء في كتاب (اختلاف أبـي حنيفـة وابـن أبـي ليلى): (واذا قال الرجل لامرأته ولم يدخل بها: أنت طالق، أنت طـالق، أنـت طـالق، طلقت بالتطليقة الأولى ولم يقع عليها التطليقتان الباقيتان. وهـذا قـول أبـي حنيفـة (رحمه الله)[2].

---

[1] ينظر فتح الباري بشرح صحيح البخاري ٣٦٣/٩، بدائع الصنائع للكاساني ١٨٧٥/٤.

[2] اختلاف أبي حنيفة وأبن ليلى للأمّام أبي يوسف يعقوب بن ابراهيم الانصاري (ت ـ١٨٢هـ) تصحيح وتعليق أبي الوفاء الأفغاني مطبعة الوفاء ١٣٥٨هـ ص١٩٢.

الفرع الثالث

القول بوقوع ما أوقعه الزوج

ذهب بعض الصحابة، والتابعين، وجمهور الفقهاء من الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] وبعض الظاهرية[5] الى وقوع ما أوقعه الزوج مطلقاً، سواء أكانت مدخولا بها أم لا، وسواء أكان العدد واحداً أم اثنين أم ثلاثة. واستدلوا بالسُنة النبوية، والاجماع، والقياس.

اولا ـ السُنة النبوية:

احتجوا بأحاديث كثيرة أهمها ما يلي:

١ـ حديث ركانة:

روي عن ركانة بن عبد زيد أنه قال: (أتيت النبـي ﷺ فقلت: يا رسول الله أني طلقت امرأتي البتة. فقال: (ما أردت بها)؟ فقلت: واحدة. قال: (والله)؟ قلت: والله. قال: (فهو ما أردت)[6].

---

[1] جاء في المبسوط (٨٨/٦): (رجل قال لأمرأته ولم يدخل بها أنت طالق ثلاثاً تطلق ثلاثاً عندنا) وفيه ايضا (٩١/٦): (لو قال لأربع نسوة بينكن تسع تطليقات تطلق كل واحدة ثلاثاً لان كل واحدة يصيبها بالقسمة تطليقتان وربع تطليقة) أي للكسر حكم الواحدة.

[2] في شرح الخرشي (٣١/٤): (ان الزوج اذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثا للبدعة أو أنت طالق ثلاثا بعضهنّ للسنة، وبعضهنّ للبدعة فانه يلزمه الثلاث في المدخول بها وغيرها).

[3] في المهذب (٨٤/٢): (وان قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا وقع الثلاث لان الجميع صادف الزوجية فوقع الجميع كما لو قال ذلك للمدخول بها).

[4] في المغني لابن قدامة (١٠٢/٧): (لو طلقها ثلاثا في طهر لم يصيبها كان ايضا للسنة).

[5] في المحلى لابن حزم (١٧٤/١٠): (ومن قال: أنت طالق ونوى اثنتين أو ثلاثا فهو كما نوى سواء قال ذلك ونواه في موطوءة أو غير موطوءة).

[6] رواه ابو داود والترمذي والشافعي والحاكم وصححه. يراجع التاج الجامع للأصول في احاديث الرسول ٣١١/٢. وفي نيل الأوطار (٢٥٥/٦): (عن ركانة بن عبد الله أنه طلق امرأته سهيمة البتة فاخبر النبي ﷺ بذلك فقال: والله ما اردت الا واحدة. فقال رسول الله ﷺ: والله ما اردت الا واحدة قال ركانة: والله ما اردت الا واحدة فردها اليه رسول الله ﷺ. وطلقها الثانية في زمان عمر. والثالثة في زمان عثمان. رواه الشافعي وابو داود.

وجه الاستدلال به:

أ ـ لو نوى ركانة أكثر من واحدة لوقع ما نواه وألزمه الرسول ﷺ بنيته.

ب- لو لم يصح الجمع بين الثلاث مرة واحدة لما استفسر النبي ﷺ بنيته .

٢ـ حديث ابن عمر:

روي أنه طلق امرأته تطليقة ـ وهي حائض ـ ثم أراد أن يتبعها بتطليقتين أخريين عند القرءين. فبلغ ذلك رسول الله ﷺ، فقال: (يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله، أنك قد أخطأت السُنة، والسُنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء...). وقال: فأمرني رسول الله ﷺ فراجعتها، ثم قال: (اذا هي طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك). فقلت: يا رسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثاً أكان يحل لي أن أراجعها؟ قال: ((لا كانت تبين منك وتكون معصية))[1].

وجه الاستدلال:

ان قول النبي ﷺ كانت تبين وتكون معصية يدل على صحة ايقاع الثلاث دفعة واحدة، ولكن يأثم فاعله.

٣ـ حديث عبادة بن الصامت:

روي عن داود عن عبادة بن الصامت أنه قال: طلق جدي امرأة له ألف تطليقة، فانطلق أبي الى رسول الله ﷺ فذكر له ذلك. فقال النبي ﷺ: (ما اتقى الله جدك، أمّا ثلاث فله، وأمّا تسعمائة وسبعة وتسعون فعدوان وظلم أن شاء الله عذبه وان شاء غفر له)[2].

قالوا: الحديث صريح في وقوع الثلاث مرة واحدة.

٤ـ حديث عويمر العجلاني:

روي عن سهل بن سعد أنه قال: لما لاعن أخو بني عجلان امرأته قال: يا رسول الله، ظلمتها أن أمسكتها هي الطالق، وهي الطالق، وهي الطالق. وفي رواية: كذبت عليها أن أمسكتها ثم طلقها ثلاثاً. وفي رواية أخرى ثم طلقها ثلاث تطليقات[3].

قالوا: ايقاع الثلاث أمّام الرسول ﷺ، وعدم أنكاره عليه دليل على اقراره له.

---

[1] يراجع السنن الكبرى للبيهقي، ٧/٣٣٤. نيل الأوطار ٦/٢٥٦.

[2] صحيح مسلم بشرح النووي، ١٠/٦٢ زاد المعاد لابن القيم (٥٦/٤).

[3] سنن النسائي، ٦/١٤٤.

٥ـ حديث عائشة (رضي الله عنها):

روى القاسم بن محمد عن عائشة رضي الله عنهما: أن رجلا طلـق امرأتـه فتزوجـت، فطلقت، فسئل الرسول ﷺ: أتحل للأول؟ فقال ﷺ: (لا حتى يذوق عسيلتها كمـا ذاق الأول)[1].

قالوا: أن الرسول ﷺ لم ينكر هذا العمل وحرمها على الزوج الأول حتى يذوق الزوج الثاني عسيلتها. وذلك دليل على صحة الجمع بين الثلاث.

٦ـ حديث محمود بن لبيد:

روى النسائي عن محمود بن لبيد قال: أُخبِرَ رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً، فقام غضبان ثم قال: ((أيلعب بكتـاب الله وانـا بـين أظهـركم؟)). حتى قام رجل فقال: يا رسول الله ألا أقتله؟. قال ابن كثير: اسناده جيد. وقال الحـافظ في بلوغ المرام: رواته موثوقون[2].

قالوا: أن غضب النبي ﷺ يدل على وقوع الثلاث والا فلا داعي لغضبه على أمر لم يتحقق.

٧ـ حديث فاطمة بنت قيس:

روي أن عمرو بن حفص المخزومي طلقها ثلاثاً، فانطلق خالد بن الوليـد في نفـر مـن بني مخزوم الى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله أن أبا عمرو بن حفص طلق فاطمة ثلاثاً فهل لها نفقة؟ فقال: (ليس لها نفقة ولا سكنى)[3].

قالوا: لو لم يقع الثلاث لكان لها النفقة، لان نفقة المطلقة طلاقاً رجعياً واجبـة علـى زوجها باتفاق الفقهاء، وكذلك السكنى[4].

٨ـ فتوى ابن عباس بخلاف روايته:

قال ابن عباس: كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسـنتين مـن خلافـة عمر طلاق الثلاث واحدة. فقال عمر بن الخطاب: (ان النـاس اسـتعجلوا في أمـر قـد كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم)[1].

---

[1] فتح الباري بشرح صحيح البخاري ٣٦٢/٩. السنن الكبرى للبيهقي ٣٣٤/٧.

[2] نيل الأوطار للشوكاني، ٢٥٥/٦. التاج المرجع السابق، ٣١٢/٢.

[3] سنن النسائي، ١٤٥/٦ صحيح مسلم بشرح النووي، ١٠٣/١٠.

[4] السنن الكبرى، ٣٣٤/٧.

وأفتى ابن عباس بخلاف هذه الرواية: خرج أبو داود من طريق مجاهد أنـه قـال: كنـت عند ابن عباس فجاءه رجل فقال: أنه طلق امرأته ثلاثـا، فسـكت حتـى ظننـت أنـه سيردّها اليه، فقال: (ينطلق أحدكم فيركب الأحموقة[1]، ثم يقول: يا ابن عباس، يا ابن عباس!! فان الله ﷻ قال: ﴿ومن يتق الله يجعل له مخرجاً﴾ وانك لم تتـق الله فـلا أجـد لك مخرجا ـ وفي رواية فلم أجد لك مخرجاً ـ عصيت ربك، وبانـت منـك امرأتـك)[2].

وعملوا بفتواه هذه دون روايته.

وأجابوا عن الرواية باجابات كثيرة وأولوها بتأويلات منها بعيدة ومنها قريبة أهمها ما يلي:

١ـ قالوا: (حديث كان الطـلاق الـثلاث واحـدة) منسـوخ. يقـول العيـني: (أجـاب الطحاوي عن حديث ابن عباس بما ملخصه أنه منسوخ. بيانه: أنه لما قال عمر ﷺ: أيها الناس قد كان لكم في الطـلاق أنـاة وانـه مـن تعجـل أنـاة الله في الطـلاق ألزمناه اياه. فلم ينكر عليه منهم منكر ولم يدفعه دافع فكان ذلك أكبر الحجج في نسخ ما تقدم.

ويقول الطحاوي ـ كما نقله العيني ـ: فان قلت ما وجه هذا النسخ وعمر لا ينسخ وكيف يكون النسخ بعد النبـي ﷺ ؟ قلت لما خاطب عمر الصـحابة بـذلك فلـم يقع أنكار صار اجماعا والنسخ بالاجماع جوزه بعض مشـايخنا بطريـق أن الاجمـاع موجب علم اليقين. ثم يقول: فان قلت هذا اجماع على النسخ مـن تلقـاء أنفسـهم فلا يجوز ذلك قلت: يحتمل أن يكون ظهر لهم نص أوجب النسـخ ولم ينقـل الينـا ذلك)[3].

ونقل البيهقي عن الشافعي رضي الله عنه أنه قال: يشبه أن يكون ابن عباس علم شيئاً نسخ ذلك[4].

٢ـ وقال بعضهم: أن معنى قوله (كان الثلاث واحدة): أن النـاس في زمـن النبـي ﷺ كـانوا يطلقـون واحـدة لانهـم كـانوا لا يسـتعملون ثلاثـا اصـلا أو كـانوا

---

[1] صحيح مسلم المرجع السابق، ٦٩/١٠، سبل السلام ٢٢٥/٣.

[2] وفي رواية اخرى الحموقة وهما لغتان: فعلة ذات حمق وجهالة.

[3] عمدة القاري شرح صحيح البخاري ٢٣٣/٢٠.

[4] السنن الكبرى للبيهقي ٣٣٨/٧. الروض النضير ١٤٨/٣.

يستعملونها نادرا. أمّا في عصر عمر فكثر استعمالهم لها. ورجح هذا التأويل ابن العربي ونسبه الى ابي زرعة الرازي، وكذا أورده البيهقي باسناده الصحيح الى ابي زرعة.

وقال النووي: وعلى هذا فيكون الخبر وقع عن اختلاف عادة الناس خاصة لا عـن تغيّر الحكم في الواحدة[1].

٣ـ وأجاب بعضهم بانه: ورد في صورة خاصة. فقال ابن سريج وغيره يشـبه أن يكـون ورد في تكرير اللفظ كان يقول أنت طالق، أنـت طـالق. وكـانوا في الصـدر الأول على سلامة صدورهم يقبل منهم أنهم أرادوا التأكيد فلما كثـر النـاس في زمـن عمر وكثر فيهم الخداع ونحوه مما يمنع قبول من ادعى التأكيـد حمـل عمـر اللفـظ على ظاهر التكرار فامضاه عليهم. وهذا الجواب ارتضاه القرطبي، وقال النـووي: أن هذا اصح الأجوبة[2].

٤ـ وذهب البعض الى الطعن في رواية ابن عباس. فقال القرطبي في (المفهـم) ـ كمـا نقله العسقلاني: (وقع فيه مع الاختلاف على ابن عبـاس الاضـطراب في لفظـه، فظاهر سياقه يقتضي النقل عن جميعهم لان معظمهم كانوا يرون ذلـك، والعـادة في مثل هذا أن يفشو الحكم وينتشر، فكيف ينفرد به واحد عن واحد؟. قال: فهـذا الوجه يقتضي التوقف عن العمل بظاهره أن لم يقتض القطع ببطلانه)[3].

وقالوا: الحديث أنفرد به مسلم ولم يروه البخاري. وابن عباس خالف روايته[4].

وهنـاك أجوبة وتأويلات كثيرة لرواية ابن عباس لا مجـال لاسـتعراضـها فعلـى مـن يريد المزيد من التفصيل مراجعة كتب الحديث المعتمدة[5].

---

[1] فتح الباري شرح صحيح البخاري ٣٦٤/٩.

[2] فتح الباري المرجع السابق.

[3] المرجع السابق.

[4] زاد المعاد ٦٠/٤.

[5] مثل: فتح الباري المرجع السابق، عمدة القاري المرجـع السـابق ٢٣٣/٢٠ـ٢٣٤، نيـل الأوطـار ٢٦٢/٦ـ٢٦٣. سبل السلام ٢٢٦/٢ وما بعدها.

ثانيا . الإجماع:

استدل القائلون بوقوع الطلقات الثلاث مرة واحدة بالاجماع السـكوتي المنعقـد في عهـد عمر بن الخطاب. وقالوا: أن خبر الآحاد اذا دل على أنه لا يقع الا واحدة فانـه لا يقـف أمّـام حجية الاجماع.

يقول ابن حجر العسقلاني[1]: (فالذي وقع في هذه المسألة نظير ما وقع في مسـألة المتعـة سواء، فالراجح في الموضوعين تحريم المتعة وإيقاع الثلاث للاجماع الذي أنعقد في عهـد عمـر على ذلك ولا يحفظ أن أحدا خالفه في واحدة منهما).

ثالثا . القياس:

قالوا: أن الطلاق الثلاث حق من حقوق الزوج فله ايقاعه مرة واحدة قياسـا علـى سـائر حقوقه. جاء في المغني[2]: (ولان النكاح ملك يصح ازالته متفرقا مجتمعا كسائر الأملاك).

وقاسوه أيضا على النذور والأيمان. قال ابن رشد[3]: (فمن شـبه الطـلاق بالافعـال الـتي يشترط في صحة وقوعها كون الشروط الشرعية فيها كالنكاح والبيوع قال: لا يلـزم، ومـن شبهه بالنذور والأيمان التي ما التزم العبد منها لزمه على أي صفة كان الزم الطلاق كيفما الزمه المطلق لنفسـه).

مناقشة هذه الأدلة:

١ـ لا حجة في حديث ركانة:

حيث يرى كثير من علماء الحـديث أن روايـة (البتـة) مضـطربة أو غـير صـحيحة، وفي اسنادها مجهولون ومطعونون. ولانه روي في روايات مختلفة، وبأسانيد متباينة.

قال الشوكاني: (قال الترمذي وسألت محمد عنه (يعني البخاري) فقال (فيه اضـطراب). ثم يمضي الشوكاني في كلامه قائلا: وقد ضعفه غير واحد. وقيل أنه متروك. وذكـر الترمـذي

---

[1] فتح الباري ٩/٣٦٥.
[2] المغني والشرح الكبير ٨/٢٤٣.
[3] بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢/٥١.

عن البخاري أنه يضطرب فيه، تارة يقال فيه ثلاثا، وتارة قيـل واحـدة... وهـو مـع ضـعفه مضطرب...)[1].

وقال ابن تيمية: (الأئمة الاكابر العارفون بعلل الحـديث والفقـه فيـه كالأمـام أحمـد بـن حنبل، والبخاري، وغيرهما وابن عبيد، وابن حزم وغيه... ضعفوا حديث (البتة)، وبينـوا أن رواته مجاهيل لم تعرف عدالتهم وضبطهم)[2]. وجاء في اغاثة اللـهفان[3] (انـه حـديث غـير صحيح وقال ابو الفرج الجوزي في كتابه العلل: قال احمد: (انه حديث لا يثبت) وقال الخلال في كتابه (العلل) عن الأثرم قلت لأبي عبد الله حديث ركانة في البتـة فضـعفه). وجـاء في زاد المعاد[4]: (وقد شهد البخاري بان فيه اضطرابا، وقال الأمام أحمد: وطرقه كلها ضعيفة). وفي مسند الأمام أحمد رقم (٢٣٨٧): (عن ابن عباس: طلق ركانة بن عبـد يزيـد أخـو المطلـب امرأته ثلاثا في مجلس واحد فحزن عليهـا حزنـا شـديدا قـال فسـأله رسـول الله ﷺ (كيـف طلقتها)؟ قال: طلقتها ثلاثا. قال: (في مجلس واحد)؟. قـال: نعـم. قـال: (فانمـا تلـك واحـدة فارجعها أن شئت قال فرجعتها وفي رواية فارتجعها أن شئت فارْتَجَعَهَا.

وبالاضافة الى ذلك كله فان أهل المدينة كانوا يسمون الثلاث (البتة). وبناء علـى ذلـك فان حديث ركانة لا يدل على أن الطلاق الثلاث مرة واحدة تقع ثلاثا.

٢ـ حديث ابن عمر لا حجة فيه:

لان الزيادة التي استدل بها الجمهور على وقوع الطلقات الثلاث مرة واحدة لم يروها واحد من الثقات. فمن طريق مالك عن نافع عن عبدالله ابن عمر (مُرْهُ فليراجعها ثـم ليمسـكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم أن شاء أمسك بعد وان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العـدة التي أمر الله أن يطلق لها النسـاء).

ومن طريق أنس بن سيرين: طلق ابن عمر امرأته وهي حائض فذكر عمر للنبي ﷺ فقال: (ليراجعها) قلت تحتسب؟ قال: (فَمَهْ) أي فما يكون أن لم تحتسب الطلقة[5].

---

[1] لمزيـد مـن التفصـيل يراجـع نيـل الأوطـار شـرح منتقـى الاخبـار مـن احاديـث سـيد الاخبـار للشوكاني، ٦/٢٥٥ وما بعدها.

[2] يراجع مجموع فتاوى ابن تيمية ١٥/٣٣.

[3] ٣٢٣/١.

[4] زاد المعاد لابن القيم ٥٩/٤.

[5] عمدة القاري بشرح صحيح البخاري للعيني المرجع السابق، ٢٢٨/٢٠.

ومن طريق ابن جبير (فليراجعها). قلت: فتحتسب؟ قال: (أرأيت أن عجـز واسـتحمق)؟. أي ليس طفلا ولا مجنونا حتى لا يقع طلاقه[1]. وكذلك في جميع الطرق الأخرى الصـحيحة لا توجد هذه الزيادة وهي (أرأيت لو طلقتها ثلاثا) التي احتج بها الجمهور[2].

ثم أن في اسناده شعيب بن ذريعة وهو ضعيف، ومعلى بن منصور قال فيه الأمّام أحمـد أنه كذاب، وعطاء الخراساني، ضعيف.

٣ـ لا حجة في حديث عبادة بن الصامت:

لان رواته مجهولون أو ضعفاء. قال ابن القيم: (وأمّا استدلالكم بحديث عبادة بن الصامت الذي رواه عبد الرزاق فخبر في غاية السقوط لان في طريقه يحيى بن العلاء، عن عبيد الله بن الوليد الوصافي عن ابراهيم بن عبد الله ضعيف عن مالك عن مجهول. ثم الـذي يـدل علـى كذبه وبطلانه أنه لم يعرف شيء من الآثار صحيحها ولا سقيمها، ولا متصلها ولا منقطعهـا أن والد عبادة بن الصامت أدرك الاسلام فكيف بجده؟!!! فهذا محال بلا شك)[3].

٤ـ لا يصح الاستدلال بحديث عويمر العجلاني:

لان المستدل به أن كان ممن يقول بان الفرقة تقع عقيب لعان الزوج وحده تلقائياً كما هـو مذهب الشافعي، أو عقيب لعان الزوجين كما هو أحد روايات الأمّام أحمـد فالاسـتدلال بـه باطل لان الطلاق عندئذ لغو. قال الجصـاص: (لا يصـح للشـافعي الاحتجـاج بـه لان مـن مذهبه: أن الفرقة قد كانت وقعت بلعان الزوج قبل لعـان المـرأة فبانـت منـه، ولم يلحقهـا طلاق، فكيف كان ينكر عليها طلاق لم يقع ولم يثبت حكمه)[4]؟.

وقال ابن قدامة: (وأمّا حديث المتلاعنين فغير لازم لان الفرقة لم تقع بالطلاق فانها وقعت بمجرد لعانهما وعند الشافعي بمجرد لعان الزوج فلا حجة فيه)[5].

---

[1] المرجع السابق.

[2] لمزيد من التفصيل وللاطلاع على جميع الروايات لحديث ابن عمر يراجع عمدة القاري المرجع السابق، كتاب الطلاق.

[3] ينظر زاد المعاد في هدي العباد. محمد خاتم النبيين وأمّام المرسلين للأمّام ابن قيم الجوزية، ٥٩/٤.

[4] يراجع احكام القرآن للأمّام الرازي الجصاص، ٨٠/٢-٨١.

[5] المغني والشرح الكبير، ٢٤٢/٨.

وكذا لا يحق الاستدلال به ممن يشترط التفريق بعد اللعان من الحاكم لان هذا النكاح لم يبق له سبيل الدوام بل واجب الأزالة، ومؤبد التحريم. وهذا هو الرأي الراجح كما يدل عليه قول النبي ﷺ (المتلاعنان لا يجتمعان أبداً)[١]. وأمّا التطليق ثلاثا من الملاعن فقد كان لتأكيد رضائه بالتحريم الناشيء من اللعان. قال ابن قدامة: (ان اللعان يوجب تحريما مؤبدا فالطلاق بعده كالطلاق بعد أنفساخ النكاح)[٢].

وقال ابن القيم: (وأمّا استدلاكم بان الملاعن طلق امرأته ثلاثا بحضرة رسول الله ﷺ فما أصحه من حديث، وما أبعده من استدلالكم على جواز الطلاق الثلاث بكلمة واحدة... ثم المستدل بهذا أن كان ممن يقول أن الفرقة وقعت عقيب لعان الزوج وحده كما يقول الشافعي أو عقيب لعانهما وان لم يفرق الحاكم كما يقول احمد في احدى الروايات عنه فالاستدلال به باطل لان الطلاق الثلاث حينئذ لغو لم يفد شيئاً، وان كان ممن يوقف الفرقة على تفريق الحاكم لم يصح الاستدلال به أيضا لان هذا النكاح لم يبق سبيل الى بقائه ودوامه بل هو واجب الازالة ومؤبد التحريم فالطلاق الثلاث مؤكد لمقصود اللعان ومقرر له...)[٣].

هـ وأمّا حديث عائشة (رضي الله عنها):

فانه لا يدل على أن الطلاق الثلاث كان يقع دفعة واحدة، بل كل ما يدل عليه هو أن هذه المرأة طلقها زوجها ثلاثا. وهذا الكلام ظاهر في أنه كان على الوجه المشروع أي مرة بعد مرة بدليل عدم أنكار الرسول ﷺ. يقول ابن القيم: (اين في الحديث أنه طلق الثلاث بفم واحد؟ بل الحديث حجة لنا فانه لا يقال فعل ذلك ثلاثا وقال ثلاثا الا من فَعَل وقال مرةً بعد مرةٍ وهذا هو المعقول في لغات الأمم عربهم وعجمهم كما يقال قذفه ثلاثا، وشتمه ثلاثا وسلم عليه ثلاثا)[٤].

ويقول ابن حجر العسقلاني في فتح الباري[٥]: (ويحتمل أن يكون المراد أنه طلّقها طلاقا حصل به قطع عصمتها منه وهو أعمّ من أن يكون طلقها ثلاثا مجموعة أو مفرقة، ويؤيد الثاني أنه سيأتي في كتاب الأدب من وجه آخر أنها قالت طلقني آخر ثلاث تطليقات).

---

[١] نيل الأوطار ٢٤٢/٦.

[٢] المغني والشرح الكبير المرجع السابق.

[٣] زاد المعاد لابن القيم، ٥٨/٤.

[٤] زاد المعاد المرجع السابق، ٥٩/٤.

[٥] بشرح صحيح البخاري، ٢٨٧/٩.

٦- حديث محمود بن لبيد حجة عليهم لا لهم:

هذا الحديث يعتبر دليلا على عدم صحة الجمع بين الطلقات الثلاث مرة واحدة ولا يكـون سندا لمن قال بجواز ذلك حيث لا يتصور أن يَقرّ الرسول ﷺعملا يكون لعبا واستهزاء بكتاب الله.

جاء في اغاثة اللهفان: (فالاحتجاج به على الجواز من باب قلب الحقائق والاحتجاج بأعظم ما يدل على التحريم لا على الاباحة، والاستدلال به على الوقوع من باب التكهن، والخرص، ولكن المقلّد لا يبالي بنصرة تقليده بما إتفّق له وكيف يظن برسول الله ﷺ انه أجاز عمل من استهزأ بكتاب الله، وصححه واعتبره من شرعه وحكمه وَنَفّذه)[1]. وبالاضافة الى ذلك فان الحديث مطعون يقول ابن حجر العسقلاني: (محمود بن لبيد ولد في عهد النبـي ﷺ ولم يثبت له منه سماع، وان ذكره بعضهم في الصحابة فلأجل الرؤية وقد قال النسائي بعد تخريجه: (لا أعلم احدا رواه غير مخرمة بن بكير عن ابيه... وقد قيل أنه لم يسمع من أبيه... ثم يمضي العسقلاني قائلا: وعلى تقدير صحة حديث محمود فليس فيه بيان أنه هل أمضى عليه الثلاث مع أنكاره عليه ايقاعها مجموعة أو لا؟)[2].

٧- لا سند في حديث فاطمة بنت قيس:

لان طلاقها لم يكن بلفظ واحد بل كان مفرقا على الوضع المشروع، والسؤال عن الرسولﷺ بصدد النفقة والسكنى كان بعد الطلقة الثالثة.

ثم أن هذا الحديث رواه الأمّام مسلم في صحيحه تحت عنوان المطلقة البائن لا نفقة لها نحواً من عشرين رواية مسندة. ورواه أبو داود في سننه تحت نفقة المبتوتة نحو عشر روايات مسندة، عدا ما رواه الأمّامان.

في أبواب أخرى، وما رواه الأمّام البخاري في شانها مفرقا على أبواب الفقه كعادته. وخلاصة ألفاظ الروايات في صحيح مسلم والبخاري وسنن ابي داود ما يلي:

أ - أن زوج فاطمة طلقها... فذهبت الى رسول الله ﷺ.

ب - أن زوجها طلّقها فبت طلاقها.

ج - أن زوجها طلقها البتة.

---

[1] اغاثة اللهفان ١/٣٣٢.

[2] فتح الباري بشرح صحيح البخاري ٩/٣٦٢.

د ـ أن زوجها طلقها ثلاثا.

هـ ـ أن زوجها طلقها آخر ثلاث تطليقات.

و ـ أن زوجها بعث اليها بتطليقة كانت باقية لها.

وفي لفظ من الصحيح أنه طلقها آخر ثلاث تطليقات وهـو سـند صـحيح. فهـذه الروايـة تفسر المجمل في رواية طلقها ثلاثا. وبذلك لا يدل الحديث على أنه طلّقها ثلاثا مجموعة[1].

٨ـ مناقشة فتوى ابن عباس وتأويلات روايته:

ترد على الأخذ بفتوى ابن عباس وعلى تأويلات روايته بما يرفـع التعـارض بينهـا وبـين الفتوى: ملاحظات أهمها ما يلي:

أولا ـ العمل بفتوى ابن عباس دون روايته:

بَيّنا أن الجمهور لم يأخذ بمقتضى ظاهر ما رواه ابن عباس من أن الطلاق الـثلاث كانـت واحدة في عهد الرسول ﷺ وأبي بكـر وسـنتين مـن خلافـة عمـر، بـل عملـوا بمـا قالـه للمستفتي الذي طلق زوجته ثلاثا: (انك لم تتق الله فلا أجد لك مخرجاً عصيت ربك وبانت منك امرأتك). أي بينونة كبرى بدليل قوله (فلا اجد لك مخرجا). فاتباع هؤلاء الفقهـاء لطريقة العمل بالفتوى دون الرواية في هذه المسألة يتعارض تعارضا صريحا مع ما استقر عليه رأي علماء الأصول من تقديم رواية الصحابي على فتواه عند تعارضهما.

وعلى سبيل المثال: روى ابن عباس في حديث بريرة أن بيع الأمة (الجارية) ليس طلاقا ثم أفتى بانه طلاق فاخذوا بروايته[2].

وأخذ الأئمة الاربعة وغيرهم بخبر عائشة رضي الله عنهما في التحريم بلبن الفحل[3]، وقـد صح عنها خلاف ذلك حيث كان يـدخل عليهـا مـن أرضـعته بنـات أخواتهـا دون مـن أرضعته نسـاء أخوتها[4].

---

[1] ينظر في تفصيل ذلك فتح الباري بشرح صحيح البخاري ـ باب قصة فاطمة بنت قيس، ٩/٤٧٧ـ٤٧٨.

زاد المعاد لابن القيم، ٤/٥٩، اغاثة اللهفان ١/٢٢٢.

اعلام الموقعين ٣/٥١، الطلاق في الاسلام محدود ومقيد للاستاذ كمال احمد عون ص٥١.

[2] زاد المعاد ٤/٦٠. اعلام الموقعين ٣/٥١.

[3] أي الرجل الذي هو زوج المرضعة، ونسبة اللبن اليه مجاز لكونه السبب فيه.

[4] فتح الباري شرح صحيح البخاري ٩/١٥٠.

وقال ابن حجر: (ان الخلع فسخ بفتوى ابن عباس وطلاق بروايته، وان الصحابي اذا أفتـى بخلاف روايته أن المعتبر ما رواه لا ما رآه[١].

وروى أبو هريرة حديث التسـبيع[٢] مـن ولـوغ الكلـب وأفتـى بخلافـه، فأخـذ الجمهـور بروايته[٣].

ثانيا ـ مناقشة دعوى النسخ:

القول بان حديث (كان الطلاق الثلاث واحدة) عملـوا بمقتضـاه في عهـد الرسـول ﷺ وأبي بكر ﷺ وسنتين من خلافة عمر ﷺ، ثم نسخ: قول مرفوض للأسباب الآتية:

١ـ القاعدة العامة التي أجمعت عليها الأمة الاسلامية تقضي بان النص سواء كان مـن القرآن الكريم ام مـن السـنة النبويـة لا ينسـخه الا الـنص، وان تعـديل نصـوص الشريعة الاسلامية وأحكامها قد أنتهى بوفاة الرسول ﷺ.

٢ـ عمر بن الخطاب ﷺ لا ينسخ فحاشاه أن ينسخ سنة ثابتة بمحض رأيه، ولو نسخ لبادر الصحابة الى أنكاره، وحاشا أصحاب رسول الله ﷺ أن يقروا عمرعلى ذلك.

٣ـ اذا كان النسخ في زمن النبـي ﷺ فكيف يجوز للراوي (ابن عبـاس) أن يخبـر ببقـاء الحكم في خلافة أبي بكر وبعض من خلافة عمر؟.

٤ـ أن قيل نسخ باجماع الصحابة فانه يقبل اذا كان الاجماع على ثبـوت الـنص الناسـخ ولكن أين هذا الاجماع؟ وما هو هذا النص؟. وأمّا أنهم أنفسهم ينسخون فمعـاذ الله، لانه إجماع على الخطأ وهم معصومون عن ذلك.

٥ـ أن قيل لعل الناسخ ظهر في زمن عمر فانه يُرَدُّ بان ذلك يعتبر غلطا أيضا لانه اقرار لاجماع الصحابة على الخطأ خلال فترة خلافة أبي بكر وسنتين مـن خلافـة عمـر. ثـم كيف يستمر كل من الناسخ والمنسوخ خفيا على الأمة الاسـلامية في عهـد الرسـول وابي بكر وفترة من خلافة عمر؟، وبصورة خاصـة في قضية خطيرة ذات علاقة مباشـرة بحل وحرمة اعراض الناس.

---

(١) اعلام الموقعين ٣/٥١.

(٢) عن أبي هريرة: قال رسول الله ﷺ: طهور أناء أحدكم اذا ولغ فيه الكلب أن يغسله سبع مرات أولاهنّ بالتراب. أخرجه مسلم، سبل السلام ١/٢٨.

(٣) اعلام الموقعين المرجع السابق.

٦ـ القول بالنسخ يتعارض تعارضا واضحا مع كلام عمر بن الخطاب ﷺ: (ان الناس قد استعجلوا في شيء كانت لهم فيه أناة). فهل للأمة الاسلامية أناة في حكم منسوخ؟. وبالاضافة الى ذلك فان ظاهر الحديث يدل على أن عملية تغيير الحكم كانت من عمر نفسه باعتبار ذلك عقوبة تعزيزية على كل من يستعجل في مسألة خلق الله فيها الاناة وأمر بالالتزام بها[1].

ثالثا ـ مناقشة تأويل (كان الثلاث واحدة):

تأويل حديث كان الطلاق الثلاث واحدة: بانهم كانوا لا يستعملون الثلاث في زمن رسول الله ﷺ وأبي بكر ﷺ وسنتين من خلافة عمر ﷺ، وانما استحدث تعبير (انت طالق ثلاثا) في زمن عمر فأمضاه عليهم عقابا: تأويل بعيد من عدة أوجه منها:

١ـ ظاهر الحديث يأباه، ومن شروط التأويل أن يحتمله النص.

٢ـ الحديث روي بروايات أخرى كلها تتعارض مع هذا التأويل منها:

أ ـ رواية مسلم وغيره عن طاوس أن أبا الصهباء قال لابن عباس: أتعلم أنما كانت الثلاث تجعل واحدة على عهد رسول الله وأبي بكر وثلاثا من امارة عمر؟ فقال ابن عباس: نعم[2].

فعبارة (تجعل واحدة) تتنافى مع هذا التأويل.

ب ـ من طريق معمر وابن جريج عن ابن طاوس عن أبيه أن أبا الصهباء قال لابن عباس: الم تعلم أن الثلاث كانت تجعل واحدة على عهد رسول الله وأبي بكر وصدراً من امارة عمر؟ قال: نعم. رواه مسلم في صحيحه. وفي لفظ الم تعلم أن الثلاث كانت على عهد رسول الله وابي بكر وصدرا من خلافة عمر ترد الى واحدة؟. قال: نعم[3]. وجملة (ترد الى واحدة) أيضا لا تتلائم مع التأويل المذكور.

٣ـ على تقدير تحمل الحديث لهذا التأويل فانه يستلزم منح سيدنا عمر ﷺ سلطة تشريع حكم يخالف ما أمر به الله ورسوله ﷺ حيث أنه اقرار لاستحداث لفظ (الثلاث)

---

(1) لمزيد من التفصيل يراجع فتح الباري ٣٦٤/٩.
نيل الأوطار ٢٦٢/٦ .

(2) مجموع فتاوى ابن تيمية ١٣/٣٢.

(3) زاد المعاد ٥٤/٤.

الذي يعتبر بدعة سيئة متعارضة مع ما هو المقرر في القرآن والسنة من توزيع الطلاق على المرات دون الأعداد.

فكيف ينسب الى سيدنا عمر مثل هذا التشريع؟ نعم قام عمر بتخصيص النصوص وتقييدها بناء على المصلحة العامة وانشأ المؤسسات الادارية والقضائية والعسكرية كالدواوين للمصلحة العامة... ولكن أية مصلحة في هدم بناء زوجي بلحظة كلف سنوات من العمر؟، وما هي المصلحة في التخريب والدمار الذي يؤدي الى تفكك الاسرة وتشرد الأولاد؟.

د ـ أن الفقهاء الذين قالوا: بوقوع الطلاق الثلاث مرة واحدة استندوا الى أحاديث تؤيد استعمال صيغة الطلاق الثلاث في عهد الرسالة.

هـ ـ التأويل بان الناس كان على عهد رسول الله ﷺ يطلقون واحدة وعلى عهد عمر أخذوا يطلقون ثلاثاً يعتبر من باب الالغاز والتحريف ـ كما يقول ابن القيم ـ لا من باب بيان المراد.

رابعاً ـ مناقشة دعوى أن الحديث يختص بحالة تكرير اللفظ:

ذكرنا سابقاً أن بعضاً ممن أفتوا بوقوع الطلاق الثلاث مرة واحدة ذهبوا الى أن حديث إبن عباس ورد بخصوص حكم حالة تكرار صيغة الطلاق من الزوج بأن يقول: (انت طالق، أنت طالق، أنت طالق)، فكان الزوج يقبل منه دعوى قصد التأكيد لسلامة النفوس، ونزاهة القلوب في العصر الأول، ولكن لما تغيرت النفوس وضاعت الأمانة في عهد عمر قضى بعدم قبول هذه الدعوى منهم.

ان هذا التأويل أوهن من التأويلات المذكورة لما يلي:

١ـ سياق الحديث من أوله الى آخره يرفضه كما هو واضح.

٢ـ قبول قصد التأكيد وعدمه حكم معمول به منذ صدر الاسلام الى يومنا هذا دون تفريق بين زوج وزوج، وبغير تمييز بين فاجر وعادل وصادق وكاذب وبلا تخصيص لزمان أو مكان معيّن، حيث استقر الرأي على قبول هذه الدعوى في الأقل ديانةً أن لم تقبل قضاءً أيضاً، اذا لم تقم قرينة ضد دعوى الزوج.

٣ـ كل من أتى بصيغة تحتمل التأكيد مثل (انت طالق، أنت طالق، أنت طالق) وادّعى أنه نواه، يُصَدَّقُ في دعواه في أي زمن كان فكيف بزمن الخلفاء الراشدين الذي كان خير القرون.

وان أتى الزوج بصيغة لا تحتمل قصد التأكيد مثل (انت طالق ثلاثـا) لم يصـدق بغـض النظر عن مدى أمّانة وصدق المدعي[1].

خامسا ـ رد الطعن في رواية ابن عباس:

ساق البيهقي روايات عن ابن عباس بلزوم الثلاث مرة واحدة، ثم نقل عن ابن المنذر أنـه لا يظن بابن عباس أن يحفظ عن النبـي شيئاً ويفتي بخلافه فيتعين المصـير الى الترجـيح والأخذ بقول الاكثر أولى من الأخذ بقول الواحـد إذا خـالفهم. وقـال ابـن العربـي: هـذا الحديث مختلف في صحته فكيف يقدم على الاجماع؟ وقال: ويعارضه حديث محمود بن لبيد لان فيه التصريح بان الرجل اذا طلق ثلاثا مجموعة لم يرده النبـي ﷺ بل أمضاه.

وقالوا أنفرد مسلم بروايته... الى آخر ما قيل من الطعون الموجهة الى روايـة ابـن عبـاس حتى يتخذ ذلك ذريعة للعمل بفتواه.

والواقع أن رواية ابن عباس اصبحت مشهورة وقد ثبتت واعتـبرت صـحيحة لـدى كبـار أهل الحديث مثل مسلم (رحمه الله).

وقد ناقش كل من ابن تيمية وابن القيم ما تمسك به بعض الفقهاء مما يقلـل مـن قيمـة رواية ابن عباس ويعطي المجال للعمل بفتواه.

يقول ابن تيمية[2] (رحمه الله): (ولا نعرف أن أحدا طلق على عهد النبـي ﷺ امرأتـه ثلاثة بكلمة واحدة فالزمه النبـي بالثلاث، ولا روي في ذلك حديث صحيح، ولا حسـن، ولا نقل أهل الكتب المعتمد عليها في ذلك شيئاً بل رويت في ذلك أحاديث كلها ضـعيفة باتفاق علماء الحديث، بل موضوعة.

بل الذي في صحيح مسلم وغيره من السنن والمسانيد عن طأووس عن ابن عباس أنه قال: (كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وابي بكر وسنتين من خلافة عمـر طـلاق الـثلاث واحدة. فقال عمر: أن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهـم فيـه أنـاة، فلـو أمضـيناه عليهم، فامضاه عليهم). [3]

---

[1] لمزيد من التفصيل يراجع نيل الأوطار ٢٦٢/٦. زاد المعاد ١٦/٤.

[2] مجموع فتأوى ابن تيمية ١٢/٣٣ـ١٣.

[3] صحيح مسلم ١٠٩٩/٢

وفي رواية لمسلم وغيره عن طأووس: أن أبا الصهباء قال لإبن عباس: أتعلم أنما كانت الثلاث تجعل واحدة على عهد رسول الله وابي بكر وثلاثا من أمّارة عمر؟ فقال ابـن عبـاس نعم.

وفي رواية: (ان ابا الصهباء قال لإبن عباس: هات من هناتك ألم يكـن الطـلاق الـثلاث على عهد رسول الله وابي بكر واحدة؟. قال: قد كان كذلك فلما كان زمن عمر تتابع النـاس في الطلاق فأجازه عليهم). [1]

ويقول ابن القيم (رحمه الله) وهو يخاطب الفقهاء الـذين يطعنـون في روايـة ابـن عبـاس ويعملون بفتواه ـ: (هل تقبلون أنتم أو أحد مثل هذا في كل حـديث ينفـرد بـه مـسلم عـن البخاري؟، وهل قال البخاري قط أن كل حديث لم ادخله في كتابي فهو باطل، وليس بحجة أو ضعيف؟. وكم احتج البخاري باحاديث خارج الصحيح ليس لها ذكر في صحيحه؟، وكم صحح من حديث خارج عن صحيحه؟

ثم يقول: فنسألكم هل الأخذ بما رواه الصحابي عندكم أو بما رآه؟ فان قلتم: الأخذ بروايته وهو قول جمهوركم بل جمهور الأمة على هذا كفيتمونا مؤنة الجواب.

وان قلتم الأخذ برأيه أريناكم من تناقضكم ما لا حيلة لكم في دفعه ولا سيما عـن ابـن عباس نفسه... الى آخره) [2].

مناقشة الاستدلال بالاجماع:

دعوى الاجماع غير مسلّمة، بل منافية للحقيقة والواقع لان هناك أدلـةً كـثيرةً وروايـات شهيرةً تثبت عدم أنعقاد الاجماع في عصر من العصور على صحة وقـوع الطلقـات الـثلاث مرة واحدة منذ صدر الاسلام الى يومنا هذا.

يقول ابن حجر العسقلاني [3] في شرح قول البخاري (باب من جوّز الطلاق الثلاث): (وفي الترجمة اشارة الى أن من السلف من لم يجز وقوع الطلاق الثلاث).

وفي شرح حديث ركانة (طلق ركانة بن عبد يزيد امرأته ثلاثا في مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا فسأله النبـي ﷺ: (كيف طلقتها؟ قال ثلاثـا في مجلـس واحـد، فقـال النبـي ﷺ: (انما تلك واحدة فارتجعها أن شئت فارتجعها).

---

[1] المرجع السابق.

[2] لمزيد من التفصيل يراجع زاد المعاد لابن القيم ٤/٦٠ـ٦١.

[3] فتح الباري شرح صحيح البخاري ٩/٢٦٢.

يقول العسقلاني: (انه نقل عن علي وابن مسعود وعبد الرحمن بن عوف والـزبير مثلـه. نقل ذلك ابن مغيث في (كتاب الوثائق) له وعزاه لمحمد بن وضاح. ونقل الغنوي ذلك عـن جماعة من مشايخ قرطبة كمحمد بن تقي بن مخلد، ومحمد بن عبد السلام الخشـني وغيرهمـا، ونقله ابن المنذر عن أصحاب ابن عباس كعطاء وطاووس وعمرو بن دينار، ويتعجب من ابـن التين حيث جزم بان لزوم الثلاث لا اختلاف فيـه، وانمـا الاخـتلاف في التحـريم مـع ثبـوت الاختلاف كما ترى)[1].

ويقول الأمام العيني في شرح (باب من أجاز الطلاق الثلاث..): (أي هذا بـاب في بيـان من أجاز تطليق المرأة بالطلاق الثلاث دفعة واحدة.. ووضع البخاري هذه الترجمة (العنـوان) اشارة الى أن من السلف من لم يجوز وقوع الطلاق الثلاث وفيه خلاف: فذهب طاووس، ومحمد بن اسحاق، والحجاج بن أرطأة، والنخعي، وابن مقاتـل، والظاهريـة الى أن الرجـل اذا طلـق امرأته ثلاثاً معاً فقد وقعت عليها واحدة.

واحتجوا في ذلك بما رواه مسلم من حديث طاووس أن أبا الصهباء قال لابن عباس: أتعلم أنما كانت الثلاث تجعل واحدة على عهد النبـي ﷺ وأبي بكر وثلاثاً من أمارة عمر، فقـال ابن عباس: نعم)[2].

يقول ابن تيمية: (هذا القول ـ أي أن الطلاق الثلاث واحـدة ـ منقـول عـن طائفـة مـن السلف والخلف من أصحاب رسول الله ﷺ مثل الزبير بن العوام، وعبـد الـرحمن بـن عـوف، ويروى عن علي وابن مسعود وابن عباس قولان)[3].

ويقول ابن القيم: (ولم تجتمع الأمة ولله الحمد على خلافه ـ أي خـلاف مـا كـان في عهـد الرسول ﷺ وأبي بكر من أن الثلاث يقع واحدة ـ بل لم يزل فيهم من يفتي به قرناً بعد قـرن والى يومنا هذا. فأفتى به حبر الأمة وترجمان القرآن عبـد الله بـن عبـاس، وأفتـى بانهـا واحدة الزبير بن العوام، وعبد الرحمن بن عوف، حكاه عنهما ابن وضـاح، وعـن علـي وابـن مسعود روايتان كما عن ابن عباس)[4].

---

(1) المرجع السابق ٢٦٣/٩.

(2) عمدة القاري شرح صحيح البخاري للعيني ٢٣٣/٢٠.

(3) مجموع فتاوى ابن تيمية ٨/٣٣.

(4) اعلام الموقعين ٤٨/٣ وما بعدها.

وبناء على هذه المراجع المعتمد عليها وغيرهـا فـان دعـوى الاجمـاع علـى صـحة وقـوع الطلقات الثلاث مرة واحدة باطلة لا أساس لها وانما ذلك من باب الخلط بـين اجمـاع واتفـاق مجتهدي أمة محمد ﷺ وبين اجماع فقها، مذهب واحد، وشتان بين الاجماعين.

مناقشة الاستدلال بالقياس:

استدل أصحاب الرأي القائل بوقوع الطلقات الثلاث مرة واحدة: بان النكاح ملك الـزوج فله التنازل عنه مرة واحدة قياساً على جواز تنازله عن سائر حقوقه.

وكذلك قالوا: بالقياس على الاعتاق والنذور كما ذكرنا سابقاً.

ونرى أن القياس في جميع هذه الصور باطل لما يلي:

أولا: القياس على التنازل عن سائر الحقـوق: قيـاس فاسـد لان الانسـان لـيس حـراً في التنازل عن كل ما يملكه من الحقوق، لان منها مـا يتعلـق بـه مصـلحة الغـير، وفي التنازل عنه اضرار به كحق الحضانة فانه لا يجوز اسقاطه من الحاضنة حمايـة لمصـلحة الطفل. ولان حق كل شخص ينتهي في حدود يبدأ فيها حقوق الآخرين، فلـيس للـزوج أن يطلّق متى وكيف شاء، لما تترتب على تطليقه من آثار تمس الزوجة والأولاد، وربمـا لا تقتصر نتائجه الوخيمة على الأسرة فقط، بل تتجاوزها الى المجتمع.

والاسلام قرر منذ الصـدر الأول: أن الحقوق وظـائف اجتماعيـة فـلا يحـق لأصـحابها التصرف الكيفي بها. وبعد مجيء الاسلام بعشرات القرون أدرك رجال القـانون أهميـة هذه الفكرة، ونادى بها لأول مرة الفقيه الفرنسي ديكي (duquit) في محاضرة لـه، وأعلن أن الملكية ليست حقاً وانما هي وظيفة اجتماعية.

ثانيا: قياسه على الاعتاق: قياس مع الفارق لان في الاعتاق فائـدة الفـرد، والمجتمـع، والأمة. لذا شجع عليه الاسلام ووضع طرقا متعددة لانهاء ظاهرة اسـتعباد الانسـان لأخيه الانسان التي تتنافى مع مبدأ المساواة الذي نادى به القرآن الكريم في قولـه تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ أنا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَانثى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوباً وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا أن أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾[1]. في حين أن الطلاق قلما يخلـو مـن المفسـدة والحـاق المضرة بالزوجين أو بأحدهما، أو بالأولاد.

---

[1] ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ أنا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَانثى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوباً وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ان أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ان اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾ (الحجرات:١٣).

ثالثا: قياسه على النذور: لا يقل بُعداً وفساداً عن القياسين السابقين لان في النذور عبادة يجوز أن يلزم المرء نفسه بها تقرُباً الى الله كان يقول: لله عليَّ النذر أن أتبرع بكذا، أو أصوم كذا. بخلاف الطلاق فانه معصية وأبغض الحلال الى الله اذا لم يكن لحاجة ماسة وضرورة ملحة، وان كان لحاجة فيكفيها طلقة واحدة لان الضرورات تقدر بقدرها.

وفي الختام أقول للمفتي وللقاضي أن المصدر الوحيد للأحكام الشرعية هو القرآن الكريم، كما قال تعالى ﴿إن الْحُكْمُ إلاَّ لِلَّهِ﴾ [1]. ودور الأحاديث بالنسبة لما ورد في القرآن ينحصر في التأكيد، فالأحاديث المذكورة على تقدير صحتها تتعارض كلها مع نص القرآن الدال على توزيع الطلاق على ثلاث مرات، كما في قوله تعالى: ﴿الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾. فهذه الآية الكريمة تدل دلالة قطعية على أن الطلاق موزّع على المرات دون الأعداد، فالأحاديث التي يستدل بها المتعصب للمذاهب والمقلد، مخالفة لهذه الآية والقاعدة الشرعية العامة المتفق عليها تقضي بان العمل ب القرآن يقدم على العمل بالحديث ولو كان متواترا في حالة التعارض بينهما. ثم أن الإجماع والقياس من الأدلة الإجتهادية والقاعدة الشرعية العامة المتفق عليها تقضي بانه (لا إجتهاد في مورد النص).

[1] ﴿قُلْ اني عَلَى بَيِّنَةٍ مِنْ رَبِّي وَكَذَّبْتُمْ بِهِ مَا عِندِي مَا تَسْتَعْجِلُونَ بِهِ ان الْحُكْمُ إلاَّ لِلَّهِ يَقُصُّ الْحَقَّ وَهُوَ خَيْرُ الْفَاصِلِينَ﴾ (الانعام:٥٧).

الفرع الرابع

الصيغة المقترنة بالعدد لا يقع بها الا طلقة واحدة

أخذ بهذا الاتجاه بعض من أصحاب رسول الله ﷺ، وبعض من التابعين وتـابعي التـابعين كما سبق بيانه. ومن الفقهاء في المذاهب الاسلامية قال به: محمـد بـن مقاتـل مـن الحنفيـة، وبعض المالكية، وبعض الحنابلة، وجمهور الجعفرية والزيدية والظاهرية. وتمسـك بـه كـثير مـن العلماء المتأخرين، واستقرت عليه قوانين الأحوال الشخصية لجميع البـلاد الاسـلامية.

الحنفية:

جاء في اغاثة اللهفان: (وحكاه المازري في كتاب (المُعْلِمْ) عن محمد بن مقاتل من أصحاب أبي حنيفة وهو من أجلّ أصحابهم من الطبقة الثالثة من أصحاب أبي حنيفـة، فهـو أحـد القولين من مذهب أبي حنيفة)[١].

وفي أعلام الموقعين: (وأفتى به بعـض الحنفيـة حكـاه أبـو بكـر الـرازي عـن محمـد بـن مقاتل)[٢].

وفي أحكام القرآن للجصـاص[٣] في تفسير ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾: (والدليل علـى أن المقصـد فيه الأمر بتفريق الطلاق لو طلق اثنين معا لما جاز أن يقال طلقها مرتين).

المالكية:

جاء في اغاثة اللهفان[٤]: (وحكاه التلمساني في شرح التفريـع في مـذهب الأمـام مـالـك قولا في مذهبه، بل رواية عن مالك، وحكاه غيره قولا في المذهب فهو أحد القولين في مذهب مالك وأبي حنيفة وحكاه شيخ الاسلام عن بعض أصحاب أحمد وهو اختيـاره).

ويؤخذ من كلام ابن رشد المالكي ترجيح هذا الرأي حيث يقول: (وكـان الجمهـور غلّبـوا حكم التغليظ في الطلاق سداً للذريعة، ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية، والرفق المقصود في ذلك أعني قوله تعالى: ﴿لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً﴾)[١].

---

[١] اغاثة اللهفان من مصايد الشيطان ٣٠٨/١.

[٢] اعلام الموقعين ٣٥/٣.

[٣] احكام القرآن لحجة الاسلام الأمام ابي بكر محمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي ٧٣/٢.

[٤] المرجع السابق ٣٠٨/١.

الحنابلة:

قال ابن تيمية: (الطلاق المقرون بالعدد محرّم لا يلزم منه الا طلقة واحدة، وهذا القول منقول من السلف والخلف من أصحاب رسول الله ﷺ مثل: الزبير بن العوام، وعبد الرحمن بن عوف، ويروى عن علي وابن مسعود وابن العباس قولان، ومحمد بن اسحاق، وهو قول كثير من التابعين ومن بعدهم مثل طاوس وخلاس بن عمرو، وهو قول داود وأكثر أصحابه، ويروى ذلك عن أبي جعفر محمد بن علي بن الحسين وابنه جعفر بن محمد، ولهذا ذهب الى ذلك من ذهب الى مذهب الشيعة وهو قول بعض أصحاب أبي حنيفة ومالك وأحمد بن حنبل)[2].

الجعفرية:

جاء في الخلاف[3]: (اذا طلقها ثلاثا بلفظ واحد كان مبدعا وقعت واحدة، عند تكامل الشروط عند أكثر أصحابنا. وفيهم من قال لا يقع شيء أصلا. وبه[4] قال علي، وأهل الظاهر. وحكى الطحاوي عن محمد بن اسحاق أنه قال تقع واحدة. ودليلنا اجماع الفرقة، وان الاصل بقاء العقد).

وفي الروضة البهية[5]: (ولو فسر الطلقة بأزيد من الواحدة كقوله:انت طالق ثلاثاً، لغى التفسير ووقع واحدة لصحيحة جميل وغيرها في الذي يطلق في مجلس ثلاثا قال هي واحدة).

وفي شرائع الاسلام[6]: (ولو فسر الطلاق باثنتين أو ثلاث قيل يبطل الطلاق، وقيل يقع واحدة).

---

[1] (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا) (الطلاق:١). بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٥١/٢.

[2] مجموع فتاوى ابن تيمية ٨/٣٣.

[3] الخلاف في الفقه للعلامة الطوسي ٢٢٦/٢-٢٢٧.

[4] أي بوقوع واحدة.

[5] شرح اللمعة الدمشقية ١٤٨/٢.

[6] ٥٦/٢.

الزيدية:

جاء في التاج المذهّب[1]: (الثاني من أحكام الطلاق أنه لا يتولى متعدده لو طلّقها أكثر من واحدة فانها لا تقع الثانية تبعاً للأول من دون تخلل رجعة بينهما أو عقد، بل يقعان طلقة واحدة، وسواء كانتا اثنتين أم اكثر بلفظ واحد نحو أنت طالق ثلاثا، أو ألفاظ نحو أنت طالق، أنت طالق، فانه لا يقع الا طلقة واحدة لان الطلاق عندنا لا يتبع الطلاق في الصورتين).

ويمثل هذا الاتجاه ورد في الدراري المضيّة[2]، وفي البحر الزخار[3]، والمنتزع المختار[4].

الظاهرية:

جاء في اغاثة اللهفان[5]: (فممن ذكر الخلاف في ذلك داود وأصحابه. واختاروا أن الثلاث واحدة). وفي فتاوى ابن تيمية[6]: (وهو قول داود وأكثر أصحابه). والظاهرية باستثناء ابن حزم يتفقون مع الرأي القائل بان الطلاق المقترن بالعدد تقع به طلقة واحدة.

حجج أنصار هذا الرأي:

احتج أنصار الرأي القائل بان الطلاق المقترن بعدد لا تقع به الا طلقة واحدة بأدلة كثيرة أهمها القرآن ، والسُنة النبوية، والقياس.

أولا ـ القرآن الكريم:

القاعدة العامة في الشريعة الاسلامية: أن كل عقد ملزم للجانبين لا ينفرد أحدهما بانهائه الا في حالات استثنائية وظروف طارئة. وعقد الزواج من العقود الملزمة لكل من الزوجين تترتب عليه حقوق والتزامات متبادلة للطرفين فالأصل فيه أنه لا سلطان للزوج على حله بارادته المنفردة وفق القاعدة المذكورة. الا أن الله سبحانه وتعالى لحكم ومصالح منح

---

[1] التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار للصنعاني ٢/١٩٩.
[2] شرح الدرر البهية للشوكاني ٢/٧١.
[3] ٣/١٧٤. وفيه الطلاق لا يتبع الطلاق حتى تخلل رجعة أو عقد.
[4] ٢/٤٥٢.
[5] اغاثة اللهفان المرجع السابق ١/٣٠٧.
[6] مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٣/٨.

الزوج هذه السلطة استثناءً ورخصةً تحت شروط خاصة وضـمن حـدود معينـة منهـا أن يـتم انقطاع العلاقة الزوجية بثلاث مراحل تتخلل بين كل مرحلة وأخرى فترة زمنية، أو رجعة أو عقد جديد كما يقول البعض وذلك استناداً الى قولـه تعـالى: ﴿الطَّـلاقُ مَرَّتَـانِ فَإِمْسَـاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[1].

وجه الدلالة:

قالوا: المرتان في لغة العرب، بل وسائر لغات الناس أنها تكون لما يأتي مرة بعد مرة وفي اصطلاح القرآن الكريم لم يرد ذكر لفظ (مـرة) لغـير هـذا المعنـى كمـا في قولـه تعـالى: ﴿سَنُعَذِّبُهُمْ مَرَّتَيْنِ﴾[2]. ﴿أولا يَرَوْنَ انهُمْ يُفْتَنُونَ فِي كُلِّ عَامٍ مَرَّةً أو مَـرَّتَيْنِ﴾[3]. ﴿يَـا أَيُّهَـا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَـانُكُمْ وَالَّـذِينَ لَـمْ يَبْلُغُـوا الْحُلُـمَ مِـنكُمْ ثَـلاثَ مَرَّاتٍ﴾[4]. ﴿وَلَقَدْ مَنَنَّا عَلَيْكَ مَرَّةً أُخْرَى﴾[5].

﴿الطَّلاقُ مَرَّتَانِ﴾ خبر لفظاً وأمر معنى بتفريق الطـلاق نظـير مـا ورد في أحكـام كـثيرة بآيات من هذا القبيل منهـا قولـه تعـالى: ﴿وَالْوَالِـدَاتُ يُرْضِـعْنَ أولادَهُـنَّ﴾ أي ليرضـعن. ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِانفُسِـهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ أي ليتربصن.

---

[1] (الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَـانٍ وَلا يَحِـلُّ لَكُمْ أن تَأْخُـذُوا مِمَّـا آتَيْتُمُـوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَـلا جُنَـاحَ عَلَيْهِمَـا فِيمَـا افْتَـدَتْ بِـهِ تِلْـكَ حُـدُودُ اللَّـهِ فَـلا تَعْتَـدُوهَا وَمَـنْ يَتَعَـدَّ حُـدُودَ اللَّـهِ فَأُولَئِـكَ هُـمُ الظَّـالِمُونَ) (البقرة:٢٢٩).

[2] (وَمِمَّنْ حَوْلَكُمْ مِنَ الْأَعْرَابِ مُنَافِقُونَ وَمِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ مَرَدُوا عَلَى النِّفَاقِ لا تَعْلَمُهُمْ نَحْنُ نَعْلَمُهُمْ سَنُعَذِّبُهُمْ مَرَّتَيْنِ ثُمَّ يُرَدُّونَ إِلَى عَذَابٍ عَظِيمٍ) (التوبة:١٠١).

[3] (أولا يَـرَوْنَ أَنَّهُـمْ يُفْتَنُـونَ فِـي كُـلِّ عَـامٍ مَـرَّةً أو مَـرَّتَيْنِ ثُـمَّ لا يَتُوبُـونَ وَلا هُـمْ يَـذَّكَّرُونَ) (التوبة:١٢٦).

[4] (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُـمَ مِـنكُمْ ثَـلاثَ مَـرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلاةِ الْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهِيرَةِ وَمِنْ بَعْدِ صَلاةِ الْعِشَاءِ ثَلاثُ عَوْرَاتٍ لَكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَّافُونَ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّـهُ لَكُـمُ الْآيات وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ) (النور:٥٨).

[5] سورة طه: ٣٧.

والتعبير بالخبر جاء للتأكيد والتشديد على مضمون الأمر، والأمر بالشيء يتضمن النهي عن ضده، والنهي لا يكون الا لمفسدة، والعمل بخلاف ذلك الامر اقرار لتلك المفسدة.

قال الأمّام الفخر الرازي[١]: (هذا الكلام وان كان لفظه لفظ الخبر الا أن معناه هو الأمر، أي طلقوا مرتين يعني دفعتين. وانما وقع العدول عن لفظ الأمر الى لفظ الخبر لما ذكرنا فيما تقدم أن التعبير عن الأمر بلفظ الخبر يفيد تأكيد معنى الأمر فثبت أن هذه الآية دالة على الأمر بتفريق الطلقات وعلى التشديد في ذلك الأمر والمبالغة فيه، ثم القائلون بهذا القول اختلفوا على قولين:

أحدهما: وهو اختيار كثير من علماء الدين أنه لو طلقها اثنتين أو ثلاثاً لا يقع الا الواحدة وهذا القول هو الأقيس لان النهي يدل على اشتمال المنهي عنه على مفسدة راجحة، والقول بالوقوع سعي في ادخال تلك المفسدة في الوجود، أنه غير جائز فوجب أن يحكم بعدم الوقوع.

العقود سواء كانت من الانشاءات أو الاسقاطات لا تتحقق ماهيتها المعنوية ولا توجد آثارها في الخارج الا عند النطق بالألفاظ الدالة عليها[٢]. وانها هي التي تنشئها وتوجدها، فقول الزوج لزوجته أنت طالق يوجد به حين الانشاء حقيقة معنوية واقعية هي الطلاق ووصفه بعد ذلك هذا الفعل بالعدد مرتين أو ثلاث وصف باطل.

قال أبو حيان[٣]: (لو قال أنت طالق مرتين أو ثلاثاً أنه لا يقع الا واحدة لانه مصدر للطلاق ويقتضي العدد فلا بد أن يكون الفعل الذي هو عامل فيه يتكرر وجوداً كما تقول: ضربت ضربتين أو ثلاث ضربات لان المصدر هو مبين لعدد الفعل فمتى لم يتكرر وجوداً استحال، أن يكرر مصدره وان يبين رتب العدد فاذا قال: أنت طالق ثلاثاً، فهذه لفظ واحد ومدلوله واحد والواحد يستحيل أن يكون ثلاثاً أو اثنتين ونظير هذا أن ينشئ الانسان بيعاً بينه وبين رجل في شيء ثم يقول عند التخاطب: بعتك هذا ثلاثا، فقوله ثلاثاً لغو، وغير مطابق لما قبله.

والانشاءات أيضاً يستحيل التكرار فيها حتى يصير المجمل قابلا لذلك الانشاء.، وهذا يعسر ادراكه على من اعتاد أن يفهم من قول من قال: طلقتك مرتين أو ثلاثاً أنه يقع

---

[١] يراجع التفسير الكبير للأمّام الفخر الرازي ١٠٤/٦.

[٢] يراجع نظام الطلاق في الاسلام احمد شاكر ص٤٦ وما بعدها.

[٣] يراجع تفسير البحر المحيط لأبي حيان ١٩٢/٢.

الطلاق مرتين أو ثلاثاً). ويؤخذ من هذا ومما سبق من خطوات الطلاق أن الطـلاق لا يتـوالى متعدده ولو طلقها أكثر من واحدة فلا تقع الثانية والثالثة من دون تخلـل رجعـة بينهمـا أو عقد سواء بلفظ أنت طالق ثلاثاً، أو أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق.

ثانيا ـ السُنة النبوية:

ان أهم حديث استند اليه أصحاب هذا الرأي هو حديث ابن عباس ﷺ الذي سبق ذكـره مع مناقشة ما قيل بصدده، وهو حديث ثابت مروي من أهل الحديث بروايات وطرق متعددة منها ما يلي:

أ ـ أخرج مسلم في صحيحه من طريق عبد الرزاق عن معمر عن عبد الله بـن طـأووس عن أبيه عن ابن عباس قال: (كان الطلاق علـى عهـد رسـول الله ﷺ وأبـي بكـر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة. فقال عمر بـن الخطـاب: أن النـاس قـد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة[1]، فلو أمضيناه عليهم[2] فأمضاه عليهم)[3].

ب ـ أخرج أبو داود في سننه[4] من طريق أحمد بن صالح عن عبد الرزاق عن ابن جـريج عن ابن طأووس عن أبيه أن أبا الصهباء قال لابن عباس: (أتعلم أنما كانـت الـثلاث تجعل واحدة على عهد النبـي ﷺ وأبي بكر وثلاثاً من أمّارة عمر؟ قال ابن عباس: نعم).

ج ـ ومن طريق حماد بن زيد عن أيوب عـن ابـراهيم بـن ميسـر عـن طـأووس: أن أبـا الصهباء قال لابن عباس: ألم يكن الطلاق الثلاث على عهـد رسـول الله ﷺ واحـدة؟ قال: قد كان ذلك فلما كان في عهد عمر تتابع الناس[5] في الطلاق فأجازه عليهم[1].

---

[1] بفتح الهمزة أي مهلة.

[2] اجزناه عليهم.

[3] فتح الباري شرح صحيح البخاري ٣٦٣/٩. سنن ابي داود مع حاشية عون المعبود ٢٢٨/٢. نيل الأوطار ٢٥٨/٦. سبل السلام ٢٢٥/٣.

[4] سنن ابي داود مع حاشية عون المعبود ٢٢٨/٢.

[5] تتـابعوا بالبـاء الموحـدة، وفي بعـض النسـخ تتـايعوا بيـاء مثنـاة وهمـا بمعنـى: اسـرعوا في التطليقات الثلاث بان أوقعوها دفعة واحدة.

والتتايع: هو التسارع والتهافت واللجاجة في الشر. عون المعبود على سـنن ابـي داود ٢٢٨/٢. هامش اغاثة اللهفان ٣٠٢/١.

د ـ وروى الحاكم في المستدرك: أن ابا الجوزاء أتى ابن عباس فقال: أتعلم أن الثلاث كن يردن على عهد رسول الله ﷺ الى واحدة؟. قال: نعم. (قال الحاكم (هذا حديث صحيح الاسناد)[2].

هـ ـ واخرجه ابو داود برواية أخرى وهي: (ان رجلا يقال له أبو الصهباء، كان كثير السؤال لابن عباس، قال: أمّا علمت أن الرجل كان اذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة، على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدرا من أمارة عمر؟.

فقال ابن عباس: بلى كان الرجل إذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدرا من أمارة عمر، فلما رأى الناس قد تتابعوا فيها قال: اجيزوهن عليهم)[3]. وقد تمسك بسياق هذه الرواية الاخيرة من أهلّ الحديث من الفقهاء، الذين قالوا بوقوع الثلاث دفعة واحدة على أساس أن الحديث في ضوء هذه الرواية لا يثبت المدعى وهو أن الطلاق الثلاث واحدة مطلقاً بالنسبة للمدخول بها وغيرها. كما استند الى هذه الرواية من فرّق بين المدخول بها وغيرها فقال بوقوع الثلاث في الأولى والواحدة بالنسبة للثانية.

وقد سبق أن ناقشنا هذا الرأي الشاذ القائل بالتفريق، كما ناقشنا كل ما قيل بصدد حديث ابن عباس في جميع رواياته، ولا نريد أن نلجأ الى التكرار الممل. لكن أود أن أضيف الى ما سبق بعض ما قاله الفقهاء، وعلماء الحديث بصدد قيد (قبل أن يدخل بها) يقول ابن القيم (رحمه الله): (ورواية طاووس نفسه عن ابن عباس ليس في شيء منها قبل الدخول وذكر هذا القيد في هذه الرواية كان مبنيًا على السؤال الخاص بطلاق غير المدخول بها فاجاب ابن عباس على سؤال عن الطلاق قبل الدخول فالقيد ليس له مفهوم المخالفة.

وجاء في عون المعبود على سنن ابي داود[4]: (وتمسك بهذه الرواية من ذهب الى أن المطلقة أن كانت مدخولة وقعت الثلاث، وان لم تكن مدخولة فواحدة. ويجاب بان التقييد بقبل الدخول لا ينافي صدق الرواية الاخرى الصحيحة على المطلّقة بعد الدخول، وغاية ما في

(1) فتح الباري المرجع السابق.
(2) اغاثة اللهفان ٣٠٣/١.
(3) سنن أبي داود مع حاشية عون المعبود طبعة دار الكتب العربي بيروت ٢٢٨/٢.
(4) ٢٢٨/٢.

هذه الرواية أنه وقع فيها التنصيص على بعض أفراد مدلول الرواية الصحيحة الآتيـة بعـد هذه الرواية وذلك لا يوجب الاختصاص بالنص الذي وقع التنصيص عليـه... وهـذا الحـديث (حديث ابن عباس) صحيح يدل على أن الطلاق الثلاث اذا وقعت مجموعة وقعت واحدة)[١].

ونقل العسقلاني عن القرطبي: (انت طالق ثلاثا) كلام متصل غير منفصل فكيف يصح جعله كلمتين وتعطى كل كلمة حكما)[٢].

وقال ابن القيم: (ان حديث (الطلاق الثلاث واحدة) قد رواه عن ابن عبـاس ثلاثـة نفـر: طأووس وهو اجل من روى عنه، وابو الصهباء العدوي، وابو الجوزاء.)[٣].

وورد في سبل السلام[٤]: (ان ظاهر قول ابن عباس الطلاق الثلاث واحدة) أنه كان ذلـك بأية عبارة وقعت).

وقال ابن تيمية (رحمه الله): (ولا نعرف أن واحدا طلق علـى عهـد النبـي ﷺ امرأتـه ثلاثا بكلمة واحدة فالزمه ﷺ بالثلاث ولا روي في ذلك حديث صـحيح ولا حسـن، ولا نقـل أهل الكتب المعتمد عليها في ذلك شيئاً، بل رويت في ذلك أحاديـث كلـها ضـعيفة باتفـاق علماء الحديث، بل موضوعة. بل الذي في صحيح مسلم وغـيره مـن السـنن والمسـانيد عـن طأووس عن ابن عباس أنه قال: كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وابي بكر وسنتين مـن خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر: أن الناس قد استعجلوا في أمر كـان لهـم فيـه أناة فلو امضيناه عليهم، فأمضا عليهم)[٥].

وقال ابن القيّم (رحمه الله): (فهذا كتاب الله، وهذه سنة رسول الله ﷺ، وهذه لغة العرب، وهذا عرف التخاطب، وهذا خليفة رسول الله ﷺ، والصحابة كلهم معـه في عصـره، وثـلاث سنين من عصر عمر على هذا المذهب (أي الطلاق الثلاث واحدة) فلو عدّهم العادّ بأسمائهم واحدا واحدا لوجد أنهم كانوا يرون الثلاث واحدة أمّا بفتوى، وأمّا بأقرار عليها. ولو فـرض

---

[١] عون المعبود على سنن ابي داود ٢٢٨/٢.

[٢] فتح الباري شرح صحيح البخاري ٣٦٣/٩.

[٣] اغاثة اللهفان ٣٠٣/١.

[٤] سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع ادلة الاحكام للحافظ ابن حجر العسقلاني تأليف الأمّام محمد بن اسماعيل الصنعاني ٢٢٦/٣.

[٥] مجموع فتاوى ابن تيمية ج٣٣ ص١٢-١٣.

فيهم من لم يكن يرى ذلك فانه لم يكن منكرا للفتوى به)[1].

ثالثا ـ القياس:

الدليل الأخير الذي تمسك به أنصار هذا الرأي هو القياس على بعض الأحكام التي اعتبرت فيها المرة تلو الأخرى وأوردوا لذلك أمثلة كثيرة من القرآن الكريم وسنة الرسول ﷺ وصيغ العقود والاقرار وغيرها... ومنها:

أ ـ قال سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ[2] وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ • وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ • وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ • وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾[3].

فلو قال الزوج أمّام القاضي أشهد بالله أربع مرات أني صادق، أو قالت الزوجة اشهد بالله أربع شهادات أنه كاذب كان شهادة الواحدة ولم تكن أربعا فكيف يكون قوله أنت طالق ثلاثا ثلاث تطليقات؟

يقول ابن القيم: وأي قياس أصح من هذا؟. وهكذا كل ما يعتبر فيه العدد من الاقرار ونحوه، ولهذا لو قال المقر بالزنا: أني أقر بالزنا أربع مرات، كان ذلك مرة واحدة. وقد قال الصحابة لماعز[4] أن اقررت أربعا رجمك رسول الله ﷺ. فلو قال: أقر به اربع مرات كانت مرة واحدة. فهكذا الطلاق سواء).

ب ـ لو قال: سبحان الله أو الحمد لله مائة مرة يكون مرة واحدة، قال ابن تيمية: (قوله تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ أي مرة بعد مرة، كما إذا قيل للرجل سبّح مرتين أو سبّح ثلاث مرات أو مائة مرة... فلابد أن يقول سبحان الله حتى يستوفي العدد. فلو أراد أن يجمل ذلك فيقول سبحان الله مرتين أو مائة مرة لم يكن قد سبح الا مرة واحدة. والله تعالى لم يقل

---

[1] ينظر اعلام الموقعين عن رب العالمين للأمّام ابي عبد الله محمد بن ابي بكر المعروف بابن قيم الجوزية المتوفى عام ٧٥١هـ ٣/٣٤.

[2] أي يتهمون زوجاتهم بجريمة الزنا

[3] سورة النور: ٦، ٧، ٨، ٩

[4] هو ماعز بن مالك الاسلمي، اعترف بالزنا عند النبي ﷺ فرجمه.

الطلاق طلقتان بل قال مرتان، فاذا قال لأمرأته أنت طالق اثنتين أو ثلاثا أو عشرا أو الفا... لم يكن قد طلقها الا مرة واحدة[1].

وقول النبي ﷺ لأم المؤمنين جويرية: لقد قلت بعدك أربع كلمات لو وزنت بما قلته منذ اليوم لوزنتهن: سبحان الله عدد خلقه سبحان الله زنة عرشه. سبحان الله رضى نفسه. سبحان الله مداد كلماته. أخرجه مسلم في صحيحه. فمعناه أنه سبحانه وتعالى يستحق التسبيح بعدد ذلك. فالمقدار تارة يكون وصفا لفعل العبد، وفعله محصور، وتارة يكون لما يستحقه الرب فذاك الذي يعظم قدره. والا فلو قال المصلي في صلاته سبحان الله عدد خلقه لم يكن قد سبّح الا مرة واحدة. ولما شرع النبي ﷺ ان يسبّح دبر كل صلاة ثلاثا وثلاثين، ويحمد ثلاثا وثلاثين، ويكبر ثلاثا وثلاثين، فلو قال سبحان الله، والحمد لله، والله أكبر عدد خلقه لم يكن قد سبّح الا مرة واحدة)[2].

وقال بعضهم بان هذا الرأي تم الاجماع عليه في عهد الرسول ﷺ وأبي بكر ﷺ وسنتين من خلافة عمر ﷺ ولم يقم اجماع آخر حتى يبطله.

يقول ابن القيم: (والمقصود أن هذا القول (طلاق الثلاث واحدة) قد دل عليه الكتاب والسنة والقياس والاجماع القديم، ولم يأت بعده اجماع يبطله. ولكن رأى أمير المؤمنين عمر ﷺ أن الناس قد استهانوا بأمر الطلاق، وكثر منهم ايقاعه جملة واحدة، فرأى من المصلحة عقوبتهم بإمضائه عليهم ليعلموا أن أحدهم اذا أوقعه جملة بانت منه المرأة وحرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره نكاح رغبة يراد للدوام لا نكاح تحليل)[3].

الترجيح:

انني لست من أهل الترجيح ولا أدّعي ذلك ولكن ترجيحي هذا ليس الا اعادة مختصرة لما قاله السلف والخلف بصدد هذه المسألة الخطيرة في حياة الملايين من المسلمين، وأوجز ذلك فيما يلي: يقول سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ

---

[1] اغاثة اللهفان المرجع السابق ١/٣٠٧.
[2] مجموع فتاوى ابن تيمية ج٣٣ ص١٢-١٣.
[3] اعلام الموقعين ٣/٣٥-٣٦.

الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً﴾[1].

قال البعض: اطاعة الله تعني العمل ب القرآن ، واطاعة الرسول تعني العمل بالسنة، واطاعة أولي الامر تعني العمل بالاجماع، والرد الى الله يعني العمل بالقياس.

ولكن في اعتقادي أن المقصود من هذه الآية هو أن المرجع الأول والأخير لحل المشاكل المستعصية هو الله عز وجل أياً كانت طبيعة المشكلة. ونظير ذلك في حياتنا الدنيوية أن كل قضية تتحرك لتجد حلها لدى أصغر موظف اداري، فاذا استعصت أخذت طريقها التدرجية حتى تصل الى أعلى السلطة (رئيس الدولة).

وفي قضية الطلاق هذه اتضح لنا من الاستعراض السابق أنها مسألة خلافية منذ صدر الاسلام الى يومنا هذا، وتبيّن لنا أن أدلة كل طرف هي أدلة ظنية لا تدل على الحكم دلالة قطعية، فرأي كل يحتمل الصواب والخطأ. اذن حكم المسألة شيء متنازع فيه وقد قال تعالى: ﴿فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ﴾. فلنرد هذه المسألة الخلافية الى الله، الى القرآن الكريم لنرى ماذا في القرآن ؟

قال سبحانه وتعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾.

ما هو السّر في اختيار هذا التعبير؟

لماذا لم يقل اثنتان أو طلقتان؟

هل أتى القرآن بالعدد أو بالمرة، وهل هناك فرق بينهما؟

هل أمر الله للوجوب ما لم تقم على خلافه قرينة أو للندب؟

هل يجوز الاجتهاد عند وجود نص واضح؟

هل النص القرآن ي غامض الى هذه الدرجة بحيث يترتب عليه هذا الصراع المستمر؟

وللاجابة على هذه الأسئلة، ولبيان ما يرجح كفّة جانب التقيّد بالمرات الثلاث، علينا الرجوع الى الله، الى القرآن الكريم الى نصوصه بحيث يفهم المقصود منها كل انسان ملّم باللغة العربية سواء أكان مجتهداً أم عامياً:

١- القرآن الكريم أمر بتوزيع الطلقات الثلاث على ثلاث مرات بنص جليٍّ الدلالة على أن أنهاء علاقة الزوجية أنما يتم باستيفائها موزعة على تلك المرات. وهو قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[1].

---

(1) سورة النساء/٥٩.

٢ـ ﴿الطَّلاقُ مَرَّتَانِ﴾: أمر وطلب على وجه الحتم والالزام أتى بلباس الجملة الخبرية ليـدل هذا الأسلوب البلاغي على زيادة التوكيد والاهتمام فيما أمر الله بـه وعـدم تجـاوز حدوده ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾[٢].

٣ـ الأمر بالشيء، نهي عن ضده، هذه قاعدة شرعية ثابتة أقرها العلماء من الأصوليين والفقهاء، فالأمر بالمرات نهي عن اللجوء الى الأعداد (الاثنـتين أو الـثلاث) لمـا في الأولى من مصلحة الفرصة، والمجال لاستئناف الحياة الزوجية، كمـا يشـير الى ذلـك قوله تعالى: ﴿لا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً﴾[٣]. وفي الجمـع مـرة واحـدة مفسدة وهي سدّ هذا الباب بوجه الزوجين.

٤ـ أراد الله أن يكون الطلاق ثلاث مرات، والقول بجواز جمعها في مرة واحدة حسب ارادة الزوج تغليب لارادته على ارادة الله وهذا ما يرفضه منطق الشريعة الاسلامية.

٥ـ نص ﴿الطَّلاقُ مَرَّتَانِ﴾ يدل دلالة قطعية على المرتين المستلزمتين للتخلـل الـزمني بينهما، فتفسيرهما بالاثنتين أو الطلقتين، أو تفسير المرات الثلاث بالطلقات الـثلاث دفعة واحدة دون التخلل الزمني، يأباه منطق اللغة العربية.

٦ـ لفظ (الاثنتين أو الثلاث) بدعة لانه من استحداث الانسان نفسه، وسيئة لانه مخالف لأمر الله الصريح، والبدعة السيئة مردودة، لقول الرسـول ﷺ: ((مـن عمـل عمـلاً ليس عليه أمرنا فهو رد))[٤].

٧ـ في احلال الأعداد محل المرّات حرج لما يترتب عليه من قطع الطريـق أمـام اسـتئناف الحياة الزوجية بعد الندم والرغبة في الرجوع بالرجعـة أو بالعقـد الجديـد، وهـذا مـا

---

[١] ﴿الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ (البقرة:٢٢٩).

[٢] (البقرة:٢٢٩).

[٣] ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً﴾ (الطلاق:١).

٤) مسلم : ٣٢٤٣

يتنافى مع قوله تعالى: ﴿ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ﴾[١].

٨- في الفتوى أو القضاء بوقوع الثلاث مرة واحدة عسر ويأس للزوجين وهدم لبناء كلف سنوات من العمر بلحظة واحدة من لحظات الحياة غير الطبيعية.

وهذا ما يتعارض مع قوله تعـالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾[٢]. ومع قول الرسول ﷺ ((يسروا ولا تعسروا))[٣]. فـإن قيـل: أن العسـر جلبـه الـزوج بمحض ارادته، القول: أن الزوج جاهل مخطئ وقد رفع الله عنه المؤاخذة والمحاسبة على الزيادة على طلقة واحدة كما قـال سـبحانه وتعـالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ﴾. وقال الرسول ﷺ: ((ان الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما اسـتكرهوا عليه))[٤]. فعلى المفتي والقاضي أن ينبّهه على أنه خطأ ولعب واسـتهزاء بكتـاب الله، أسوةً برسول الله ﷺ عندما أُخبر عن رجل طلق امرأته ثلاثا قام غضبان ثم قال: ((أيُلعب بكتاب الله وانا بين أظهركم))[٥]!!!

٩- ﴿الطَّلاقُ مَرَّتَانِ﴾ ليس مجملا حتى تبينه السُنّة النبوية، ولا عامًا حتى تخصصــه ولا مطلقا حتى تقيّده، ولا حكما مسكوتا عنه حتى تقرره، اذا انحصرت وظيفة الأحاديث الواردة في هذا الباب في توكيد حكم جاء به القرآن وهو توزيع الطلقات على ثلاث مرات. فلا يجوز للفقيه أو المفتي أو القاضي أن يستخدمها في صرف جملـة ﴿الطَّلاقُ مَرَّتَانِ﴾ عن معناها الحقيقي الواضح الصريح.

---

[١] (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُؤُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُباً فَاطَّهَّرُوا وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ) (المائدة:٦).

[٢] (شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنْزِلَ فِيهِ الْقُرْآنُ هُدىً لِلنَّاسِ وَبَيِّنَاتٍ مِنَ الْهُدَى وَالْفُرْقَانِ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ وَمَنْ كَانَ مَرِيضاً أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ وَلِتُكْمِلُوا الْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَى مَا هَدَاكُمْ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ) (البقرة:١٨٥).

[٣] البخاري : ٦٧

[٤] مسلم : ٣٢٤٣

[٥] نيل الأوطار للشوكاني ٦/٢٢٥.

١٠- ﴿الطَّلاقُ مَرَّتَانِ﴾ نص صريح واضح يدل على الحكم دلالة قطعية، وقد أجمع علماء المسلمين من الأصوليين والفقهاء على أنه (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص).
اذا كل نقاش وتأويل واجتهاد في تفسير هذا النص مرفوض بمقتضى هذه القاعدة.

١١- تمتع كل من الزوجين بالآخر حكم شرعي ثابت لسبب شرعي وهو عقد الزواج الصحيح والثابت ثبوتاً قطعياً لا يجوز رفعه بدليل ظني مما تمسك به بعض الفقهاء، من أحاديث الآحاد، وقد أجمع على أن حديث الآحاد دليل ظني من حيث الثبوت وان كانت دلالته قطعية.

١٢- لا يجوز الخلط بين الاجماع في مذهب واحد وبين الاجماع بمعنى اتفاق جميع المجتهدين من أمة محمد ﷺ في عصر من العصور بعد وفاته على حكم شرعي اجتهادي، فالثاني هو الدليل القطعي الملزم دون الأول.

١٣- ولا يجوز الخلط بين الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي، فالشريعة هي نصوص القرآن والسُنة النبوية، فهي خالدة وملزمة لكل بالغ عاقل عقيدةً وعملاً وخلقاً، أمّا الفقه الاسلامي فهو شروح وآراء واجتهادات لفقهاء المسلمين، قابل للتعديل والتغيير غير ملزم لاحد، بحيث لا يلتزم أن يعتنقه مدى الحياة بموجب قاعدة (العامي لا مذهب له).

١٤- أن احداً من أئمة المسلمين رحمهم الله لم يقل أن الصواب كله فيما رآه وان الخطأ من نصيب غيره. فلو كان الصواب كله من نصيب أمّام واحد أو أئمة مخصوصين لما جاز مخالفته أو مخالفتهم، بل لما ساغ لهم أن يختلفوا فيما بينهم. ويدل على ذلك ما يلي:

أ - سيدنا أبو بكر الصديق ﷺ أول خليفة رسول الله ﷺ حينما سئل عن لفظ (كلالة) وفسره بانه (الذي يورث كلالةً هو من ليس في ورثته ولد ولا والد).[1]
قال: (هذا رأي أن كنت مصيباً فمن الله، وان كنت مخطئاً فمن الشيطان).

ب - وعبد الله بن مسعود من كبار فقهاء الصحابة عندما سئل عن زوجة لم يحدد لها المهر ومات زوجها قبل أن يدخل بها قال: (اجتهد برأي فان كنت مصيباً فمن الله، وان كنت مخطئاً فمن ابن أم عبد، لها الميراث ومهر مثلها لا وكس ولا

---

[1] التركة والميراث في الاسلام للدكتور محمد يوسف موسى ص٢٤٥. إذن الكلالة ما عدا الوالد والولد من ورثة الميت.

شطط)[1].

ج ـ وقال الأمّام الأعظم أبو حنيفة (رحمه الله): (هذا رأيي وهـو أحسـن مـا قـدرنا عليه، فمن جاءنا بخير منه قبلناه).

د ـ والأمّام مالك (رحمه الله) رفض طلب الخليفـة العباسـي بجعـل كتابـه (الموطّأ) مرجعا للعمل به، فقال: لا تفعل يا أمير المؤمنين فان صحابة رسول الله ﷺ تفرقوا في الأمصار بما حملوا من علم وفقـه). وكـان رحمـه الله عنـدما يسـتنبط حكمـاً شرعياً يقول لأصحابه: (انظروا فيه فانه دين وما من أحد الا مـأخوذ مـن قولـه ومردود عليه الا صاحب هذا القبر الشريف) ـ يشير الى قبر رسول الله ﷺ.

هـ ـ وعن الشـافعي (رحمه الله): (اذا صح الحـديث فهـو مذهبـي واضـربوا بقـولي عرض الحائط).

و ـ وانكر الأمّام أحمد (رحمه الله) دعوى الاجماع في مواطن الاجتهاد قائلا لمن ادعاه: (وما يدريه أن الناس اختلفوا ولم يبلغـه ذلـك)؟ وبالاضـافة الى ذلـك كلـه فـان الفقهاء اتفقوا على أن حكم القاضي في كل مسألة خلافية بنـاء علـى رأي مـن الآراء المختلف فيها يحسم الخلاف، فعلـى الخصـمين العمـل بـالمحكوم بـه، ومـن الواضح أن حكم القانون اقوى من حكـم القاضـي، وقـد أجمعـت قـوانين الـبلاد الاسلامية على أن الطلاق المقترن بالعدد يقع به طلقة واحدة.

١٥ـ منشأ اجتهاد عمر بن الخطاب رضي الله عنه:

ان سيدنا عمر هو ذاك الشخص العظيم الذي قال في حقه رسول الله ﷺ: ﴿ لـو كـان بعدي نبي لكان عمر بن الخطاب﴾!!

وذلك الحكيم الذي يشهد الأعداء بعلمه وحكمته وسياسته ودهائه، اضافة الى منزلته الدينيـة. فهو كما يبدو واضحاً من حديث ابن عباس رضي الله عنه مـن كـلام الفقهـاء الـذين درسوا هذه المسألة بعمق دون تعصب أعمى: لمّا رأى أن الناس أخذوا يطلقون الـثلاث مرة واحدة نهاهم عن ذلك وعزّرهم.

ولما لم تفد عقوبة التعزير الزمهم بالثلاث، وقال لهم: من طلّق على خلاف مـا شـرع الله من الطلاق مرة بعد مرة، وجمع الثلاث مرة واحدة فعقوبته عدم مراجعـة زوجتـه حتى تنكح زوجاً غيره[1].

---

[1] أي لا نقص ولا زيادة.

(وكان عمر بن الخطاب عارفاً بالفقه الاسلامي مجتهداً جريئاً يراعي المصلحة العامة في اجتهاداته التي أكثر من أن تعد وتحصى، كانشاء الدواوين، وبناء السجون للمجرمين، وتوقيف صرف الزكاة للمؤلفة قلوبهم عندما رأى تخلف علة الحكم، وجعل عقوبة شرب الخمر ثمانين جلدة بدلا من الأربعين..

وبذلك يعتبر عمل عمر بن الخطاب هذا من قبيل السياسة الشرعية يدور حول المصلحة العامة وجودا وعدما، وليس عملا تشريعيا له صفة الدوام لان هذه الصفة ينفرد بها القرآن الكريم وسنة الرسول ﷺ. وقد تأثر الائمة الأربعة (رحمهم الله) باجتهاد عمر بن الخطاب ﷺ فأفتوا بما أفتى به. ولو كتب لسيدنا عمر بن الخطاب ﷺ أن يرجع الى الدنيا تارة أخرى، ويرى ما عليه المسلمون من الفوضى في الطلاق ومن الاقدام على ايقاع الطلقات الثلاث مرة واحدة بزعم أنه عمل مشروع أباحه لهم القرآن والسُنة النبوية لرجع عن اجتهاده، ولقضى بما كان معمولا به في عهد الرسالة وفي خلافة أبي بكر ﷺ والسنتين الأوليين من خلافته. (والله اعلم بالصواب)

حكم الطلاق المقترن بعدد في قوانين الأحوال الشخصية المأخوذة من الفقه الاسلامي:

أخذت هذه القوانين بالقول بان الطلاق المقترن بعدد أيا كان هذا العدد لا تقع به الا طلقة واحدة وفيما يلي بعض منها:

القانون العراقي: (الطلاق المقترن بعدد لفظا أو اشارة لا يقع الا واحدة). (م٣٧/٢)

الأردني: (يملك الزوج ثلاث طلقات متفرقات في ثلاثة مجالس). (م٨٥)

السوري: (الطلاق المقترن بعدد لفظا أو اشارة لا يقع الا واحدا). (م٩٢)

المغربي: (الطلاق المقترن بعدد لفظا أو اشارة أو كتابة لا يقع الا واحدا). (الفصل ـ٥١)

السوداني: (الطلاق الثلاث يعتبر طلقة رجعية). (المنشور الشرعي السوداني)

---

(١) يقول ابن تيمية: (فلما كان الناس لم يلزموا بالثلاث يفعلون المحرم رأى عمر الزامهم بذلك لانهم لم يلزموا طاعة الله ورسوله مع بقاء النكاح، ولكن كثير من الصحابة والتابعين نازعوا من قال ذلك، أمّا لانهم لم يروا التعزير بمثل ذلك، وأمّا لان الشارع لم يعاقب بمثل ذلك. وهذا فيمن يستحق العقوبة. وأمّا من لا يستحقها بجهل أو تأويل فلا وجه لالزامه بالثلاث. فتاوى ابن تيمية ١٦/٣٣.

المبحث الثالث

حكم التعليق في صيغة الطلاق

لصيغة الطلاق صورتان: التنجيز، والتعليق. والتعليق قد يكون حلفا كما يكون شرطا محضا.

التنجيز: وهو كل عبارة أراد بها الزوج ايقاع الطلاق منذ لحظة التلفظ بالصيغة كقول الزوج لزوجته: (انت طالق).

وحكمه: أنه يقع به الطلاق حالا اذا توافرت أركانه وشروطه. والأصل في الطلاق أن يكون بصيغة التنجيز، لانه شرع للحاجة وهي تقتضي ذلك. وبناء على هذا الاصل قال بعض الفقهاء. لا يقع الطلاق الا منجزا.

التعليق: وهو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى كقول الزوج لزوجته: (ان أبرأت ذمتي من مهرك المؤجل فانتِ طالق).

التعليق الحلفي: وهو ما يقصد به الحث على فعل شيء أو تركه دون أن يكون للزوج رغبة في الطلاق أو وطر كان يقول: (بالطلاق لأفعلن كذا)، أو يقول (يلزمني الطلاق أن لم أفعل كذا)، أو غير ذلك من التعابير الأخرى المتدأولة بين الناس.

ولزيادة الايضاح نخصص لدراسة كل من التعليق المحض والتعليق الحلفي فرعاً مستقلا.

الفرع الأول
حكم التعليق المحض

اختلف الفقهاء في مدى سلطان ارادة الزوج ـ أو من يقوم مقامه ـ في تعليق الطلاق على أربعة آراء:

الرأي الأول . لا يقع الطلاق غير المنجز:

أي كل تعليق في الطلاق يبطله، ولا يترتب عليه أيّ أثر شرعي من وقـوع الطـلاق. وممـن اختار هذا الاتجاه: الجعفرية، والظاهرية، وأبو عبـد الـرحمن مـن الشـافعية، وبعـض فقهـاء الحنابلة، وأشهب من المالكية ـ أن فعلت الزوجة المعلق عليه بقصد وقوع الطلاق ـ.

ونسب هذا الرأي الى علي بـن ابـي طالـب ﷺ، وقـال بـه القاضـي شـريح، وطـأووس، وعكرمة، وعطاء، وأبو ثور.

الجعفرية:

جاء في الخلاف: (لا يقع الطلاق أن علّقه بشـرط مـن الشـروط أو بصـفة مـن الصـفات المستقبلة فانه لا يقع أصلا لا في الحال ولا في المستقبل حين حصول الشرط والصفة)[1].

واستدلوا على ذلك بأدلة منها:

١ـ اجماع الفرقة واخبارهم لانهم لا يختلفون في ذلك.

٢ـ الأصل بقاء العقد، وايقاع هذا النوع من الطلاق يحتاج الى دليل والشـرع خـال مـن ذلك.

٣ـ أن ظاهر أدلة الحصر في (انت طالق) يقتضي عـدم سـببية الصـيغة المشـتملة علـى التعليق.

٤ـ قالوا: لا يقع بمجرد الشرط اذ لا علاقة بينهما، ولا بمجرد الجزاء اذ هـو معلـق علـى الشرط، ولا بمجموعهما اذ لا يجتمعان لعدم الشـرط عنـد حصـول الجـزاء، ولا بـأمر خارجي اذ لا يعقل ذلك فيبطل.

---

[1] الخلاف في الفقه للطوسي المرجع السابق ٢/٢٣٠.

٥ـ قالوا: عند حصول الشرط يعدم لفظ الطلاق فكيف يقع؟[1].

الظاهرية:

قالوا: لا يقع الطلاق الا منجزا فمن علّق طلاقه علـى شـرط أو اضـافة الى زمـن فهـو باطل. وحجتهم:

١ـ لانه لم يرد في القرآن ولا في سنة الرسول ﷺ طلاق غير منجز. والقول بصحة الطلاق المعلّق تجاوز عن حـدود الله ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾.

٢ـ ولان كل طلاق اذا لم يقع حين ايقاعه فمن المحال أن يقع بعد ذلك في حـين لم يوقعـه فيـه)[2].

الشافعية:

قال ابن القيم: (قال بعدم وقوع الطلاق المعلق مطلقاً، أبو عبد الرحمن احمد بن يحيـى بـن عبد العزيز وهو من أجل اصحاب الشافعي. وهذا مذهب لم ينفرد به، بل قال به غـيره مـن أهل العلم)[3].

المالكية:

قال أشهب وهو من أفقه أصحاب الأمّام مالك على الاطلاق بعدم وقوع الطلاق المعلق ـ اذا فعلت الزوجة الفعل للمعلق عليه بقصد وقوع الطلاق ـ وهذا من أصول مالك في مقابلـة الانسان بنقيض قصده كحرمان القاتل من ميراث مقتوله، وتوريث إمرأة من طلّقهـا في مرض موته[4].

---

[1] ينظر: الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية المرجع السابق ١٤٧/٢ـ١٤٨. شرائع الاسلام ٥٦/٢. المختصر النافع ص٢٢٢. مستدرك الوسائل ٦/٣. رياض المسائل المجلد الثاني كتاب الطلاق.

[2] المحلى لابن حزم الظاهري ٢١٣/١٠ وما بعدها.

[3] أعلام الموقعين ١٠١/٤.

[4] المرجع السابق ٩٧/٤.

الحنابلة:

يعتبر ابن تيمية وابن القيم على رأس القائلين بعدم وقوع الطلاق المعلق أن قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه[١].

ونسب هذا الرأي الى علي ابن أبي طالب وبعض التابعين، يقول الاستاذ الشيخ علي الخفيف: (ذهب فريق من الفقهاء الى أن التعليق باطل ولم يشرع الا الطلاق المنجز وهو الذي يدل عليه قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النبـي إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِـدَّتِهِنَّ﴾ فـان الأمـر بالطلاق في وقت معين يقتضي أن يكون منجزاً في ذلك الوقت والطلاق المعلق غير مشروع ومردود عليه.

ولا يترتب عليه شيء. وروي عن علي ﷺ، وشريح، وطأووس، وأبي ثور)[٢].

الرأي الثاني . أن التعليق باطل وغير مبطل فيقع حالاً:

ذهب أنصار هذا الاتجاه الى أن تعليق الطلاق باطل لانه يستلزم الفساد فيلغو أثره، لكنه غير مبطل فيقع الطلاق حالا وفي لحظة التلفظ بالصيغة. وهو احدى روايتي الأمّام مالك وقول جماعة من التابعين، ومذهب الاباضية في بعض صوره وحجتهم: (انه لو لم يقع في الحال لحصل منه استباحة وطء مؤقت ذلك غير جائز في الشرع، لان الزوج قد جعل الاستباحة الى أجل تنتهي عنده ولهذا حرم نكاح المتعة لدخول الأجل فيه).

التابعون:

قال ابن قدامة: (وقال سعيد بن المسيب، والحسن، والزهري، وقتادة، ويحيى، الانصاري، وربيعة، ومالك: اذا علق الطلاق بصفة تأتي لا محالة كقوله أنت طالق اذا طلعت الشمس طلقت في الحال، لان النكاح لا يكون مؤقتاً بالزمان ولذلك لا يجوز أن يتزوجها شهراً)[٣].

---

[١] مجموع فتأوى ابن تيمية ٢٢٣/٣٣ وما بعدها اعلام الموقعين ١٠٢/٤ ومابعدها.

[٢] فرق الزواج للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص١١٢.

[٣] المغني والشرح الكبير ٣١٨/٨.

المالكية[1]:

قالوا: يقع الطلاق منجزا اذا علق بماض ممتنع عقلا أو عادة أو شرعا، وكذا اذا علقه على أمر مستقبل محقق وقوعه كانت طالق بعد سنة فانه ينجز عليه الطلاق لانه حينئذ شبه بنكاح المتعة، وكذا أن علقه بما لا صبر عنه مثل أن قمت أو قعدت، ولم يعيّن زمنا، لان ما لا صبر عنه كالمحقق. وكذا أن علّقه على أمر لا يمكن الاطلاع عليه في الحال كانت طالق اذا كان حملك بنتا، وكذا أن علّقه على مشيئة مغيّبة كانت طالق أن شاء الله.

وقالوا: لا يقع الطلاق اذا علق بمستقبل ممتنع كانت طالق أن لمست السماء[2].

وما قاله الدكتور عبد الرحمن الصابوني في كتابه (مدى حرية الزوجين في الطلاق)[3] من أنه (اذا علق الطلاق على أمر مستحيل الوقوع فلا يقع الطلاق عند المالكية) ليس قولا صحيحا على أطلاقه، حيث لم يفرق بين المعلق بماض ممتنع ومستقبل ممتنع، فيقع في الحالة الأولى حالا كما ذكرنا أنفا. وروي عن الأمّام مالك روايتان في تعليق الطلاق بأمر ممكن الوقوع، احداهما تتفق مع الحنفية والشافعية فيقع الطلاق عند وجود الشرط. والأخرى يقع حالا[4].

ويؤخذ مما سردناه أن المالكية وان قالوا بصحة التعليق في الطلاق مبدئياً، الا أنهم يعتبرونه كالتنجيز في بعض صوره ومانعاً من وقوع الطلاق في صور أخرى كالتعليق على مستقبل مستحيل أو على مشيئة من لم تعلم مشيئته.

الاباضية:

قال الاباضية يقع الطلاق حالا اذا علقه بممكن ممنوع شرعا، أو معدوم، أو ممتنع عقلا أو عادة، جاء في جوهر النظام[5].

وان يعلقــــه بممكـــــن منــــــع	وجـــوده شـــرعا فحــــالا يقــــع
وان بمعــــــــدوم يعلقنـــــــــا	فانهـــــا بالحـــــال تطلقنــــا
كقـــول مـــــن قــــال اذا شــــربت	مــــا دخـــل الكـــوز فقـــد طلقـــت

---

[1] شرح الخرشي ٥٤/٤ وما بعدها.

[2] الخرشي المرجع السابق.

[3] الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق ١٩٣/١.

[4] ينظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٦٥/٢ وما بعدها.

[5] جوهر النظام المرجع السابق ٢٢٠/٢ وما بعدها.

ولم يكـن بـالكوز شـيء يشـرب	فانهـا تطلـق ثـم تـذهب
اذ يقـع الطـلاق والتعليـق	يلغـى فـلا يعلـق التطليـق
ومثلـه الشـرط الـذي لم يقـدر	علـى وقوعـه صـنوف البشـر

الرأي الثالث: فيه تفصيل ذو شقين يتفق مع الرأي الثاني في شق. ومع الرأي الرابع[1] في الشق الآخر. وهو أنه أن كان الطلاق المعلق ثلاثاً وقع في الحال. وان كـان رجعيا يقع بعد تحقق المعلق عليه. وهذا احدى الروايتين عن الأمّام احمد. ووجه هذا القول أنه اذا كان ثلاثا لم يحل وطؤها بعد الاجل وان كان رجعيا جاز ذلك فلا يصير الحال مؤقتا. ويقول ابن القيم وهذا أفقه من الرأي الثاني[2].

الرأي الرابع: أن الزوج يتمتع بحرية تامة في اختيار صيغة الطلاق تعليقا أو تنجيزا فالطلاق المعلق على شرط أو المضاف الى زمن يقع بعد تحقق المعلق عليه. وهو مذهب الحنفية والشافعية وجمهور الحنابلة، والزيدية.

الحنفية: جاء في الجوهرة[3] واذا أضاف الى شرط وقع عقيب الشرط مثل أن يقول أن دخلت الدار فانت طالق. هذا بالاتفاق لان الملك قائم في الحال. والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط. ولانه اذا علق بالشرط صار عند وجود الشرط كالمتكلم بالطلاق في ذلك الوقت.

الشافعية: جاء في المهذب[4] اذا علق الطلاق بشرط لا يستحيل كدخول الدار ومجيء الشهر تعلق به. فاذا وجد الشرط وقع واذا لم يوجد لم يقع لما روي أن النبـي ﷺ قال: ((المسلمون عند شروطهم))[5].

---

[1] كان من الأوفق تأخير الثالث الا أنه قدمناه لاختصاره.

[2] اغاثة اللهفان ١٩٣/٢.

[3] الجوهرة النيرة ١١٠/٢. قارن المبسوط للسرخسي ١٠١/٦ وما بعدها، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ٣٤١/٣ وما بعدها.

[4] المهذب ٩٣/٢ ينظر أيضا الانوار المرجع السابق ٢١١/٢ وما بعدها حاشية الباجوري ١٤٧/٢ وما بعدها.

[5] كان من الأوفق تأخير الثالث الا أنه قدّمناه لاختصاره.

الحنابلة: (جاء في المغني[1] اذا وقع الطلاق في زمن أو علّقه بصفة تعلق بها لم يقـع حتى تأتي الصفة أو الزمن) عللـه ابـن قدامـة بانـه ازالـة ملـك يصـح تعليقـه بالصفات فمن علقه بصفة لم يقع قبلها.

الزيدية: قالوا: (ان الطلاق المشروط يترتب وقوعه على حصول الشرط فلا يقع حتى يحصل نفيا أو اثباتا ولو كان ذلك الشرط مستحيلا. أمّا اذا علقه بمعلوم الحصـول كطلوع الشمس فان علقه بالنفي نحو أن لم تطلع الشمس فانـت طـالق فـلا يقـع، وكذا أن علقه بالماضي نحو أن جاء زيد فانت طالق، وقد جاء لانه يشبه أنت طالق أمس وهو باطل عندهم. وان علقه بالاثبـات نحـو أن طلعـت الشـمس لم يقـع الا بحصول الشرط. فان علقه بمكن ومستحيل فلا يقع شيء)[2].

شروط التعليق عند من يقول بوقوع الطلاق المعلق:

١ـ يشترط أن لا يكون المعلق عليه موجودا وقـت أنشـاء الصـيغة والا يكـون التعليـق صوريا والطلاق منجزا.

٢ـ أن تكون الزوجية قائمة حقيقة أو حكما وقت تحقـق المعلـق عليـه والا يلغـو الشـرط واثره.

٣ـ أن يكون المعلق عليه أمرا ممكن الوقوع فان كان مستحيلا ففيه التفصيل الآتي:

أ ـ قال الحنفية التعليق بالمستحيل لا يترتب عليه أي أثـر. جـاء في الـدر المختـار[3]: (وشرط صحة التعليق كون الشرط معدوماً على خطر الوجود. فالمتحقق كان كان السماء فوقاً تنجيز. والمستحيل كان دخل الجمل في سم الخياط لغو). ولم يفرقوا بين المستحيل في الماضي والمستحيل في المستقبل.

ب ـ قال المالكية أن علقه بمستقبل مستحيل لا يقع وان علقه بمـاض مسـتحيل يقـع منجزا كما سبق.

---

[1] المغني والشرح الكبير ٣١٨/٨.

[2] يراجع التاج المذهب ١٣٠/٢.

[3] يراجع حاشية الطحأوي على الدر المختار ١٥٠/٢.

ج ـ قال الشافعية فان علقه بمستحيل اثباتا لم يقع، ونفيا يقع في الحال. جاء في نهاية المحتاج[1] أن علقه بمستحيل عقلا أو شرعاً أو عادة لم يقع في الحال شيء.. وعلـق عليه المغربي[2] فقال بخلاف النفي فان حكمه الوقوع حالا. وأمّا التعليـق بنفـي فعل أمر ممكن كان لم تدخلي الدار فانت طالق. فالمذهب لا يقـع الا باليـأس مـن الدخول[3].

د ـ وقد سبق أن الزيدية قالوا لا يقع المشروط حتى يحصل الشرط نفياً أو اثباتاً ولـو كان ذلك الشرط مستحيلاً[4].

هـ ـ الأباضية: قالوا: يقع الطلاق المعلق بمستحيل حالا[5].

الا أن هؤلاء اختلفوا في أنه هل هو مطلق في الحال وتحقق الشرط يكون لنفوذ الطلاق أو هو مطلق عند تحقق الشرط؟ فعلى الأول يتقدم السبب ويتأخر شرط تـأثيره وعلـى الثاني يتأخر السبب تقديراً الى مجيء الوقت.

وتوضيح ذلك: اذا قال الزوج لزوجته أنت طالق أن كلمت فلانا، فقوله: (انت طالق) علة لوقوع الطلاق، وقوله (ان كلمت فلانا) شرط لها. واختلفوا في طبيعة هذا الشرط هـل هـو شرط لوجود العلة أو شرط لتأثيرها؟ فقال بعض الفقهاء كالحنفية لا وجود للعلة قبـل تحقـق الشرط. وقال جماعة كالشافعية العلة موجودة قبل الشرط الا أن تأثيرها يتوقف على وجود الشرط.

وأرى أن الخلاف[6] شكلي حيث أن أريد بها العلة التامة أي التي تحققت شرائطها وانتفت موانعها فلا وجود لها قبل الشرط بالاتفاق وان أريد بها العلة الناقصة فهي موجـودة قبـل الشرط بلا خلاف حيث لا تعاد الصيغة مجدداً لدى الكل بعد تحقق الشرط.

---

[1] نهاية المحتاج ٤١/٧. وفي حاشية الباجوري (١٤٨/٢): (ولـو علـق بمستحيل اثباتا لم يقع بخلاف ما اذا علق بمستحيل نفيا كان قال أن لم تصعدي السماء فانت طالق فانه يقع الطلاق حالا).

[2] يراجع حاشية المغربي على نهاية المحتاج ٤٥/٧.

[3] يراجع مغني المحتاج ٣١٨/٣.

[4] يراجع التاج المذهب ١٣٠/٢ وما بعدها.

[5] يراجع جوهر النظام ٢٢١/٢.

[6] يراجع اغاثة اللهفان ١٩٣/١.

مناقشة أدلة هذه الآراء:

١ـ يمكن انتقاد رأي الظاهرية بان مصادر الفقه الاسلامي ليست ظاهر الكتاب والسُنة فحسب بل هناك مصادر أخرى ثانوية كالاجماع والقياس والعرف والمصالح المرسلة وسد الذرائع وقول الصحابي.. ثم كما أنه لم يرد نص في الكتاب والسُنة يدل على صحة التعليق، كذلك لم يرد ما يدل على بطلانه. الا أن يقال أن رأيهم هذا مبني على أن الأصل في الشرط عدم الجواز ما لم يرد به نص. لكن عدم العلم بالنص لا يستلزم عدمه في نفس الأمر.

٢ـ ويقال للجعفرية: أن الطلاق يقع بمجموع الشرط والجزاء جاء نظير ذلك في القرآن الكريم. قال تعالى: ﴿إن يَنتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ ﴿وَإن جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا﴾، وأمثاله كثيرة في القرآن والسُّنة النبوية. وقولهم عند حصول الشرط بعدم لفظ الطلاق يرد بانه عند وقوع الشرط يتجدد اللفظ بايقاع الطلاق تقديراً كما في كل تعليق[1].

٣ـ وأمّا قول اشهب المالكي: فانه موافق لقاعدة (القصد السيء يرجع الى أهله) ويتفق مع منطق الشريعة الاسلامية، لكن لا يدل على أن عدم الوقوع سببه هو التعليق.

٤ـ ويقال لاصحاب الرأي الثاني: لا يجوز أن يؤخذ حكم الدوام من حكم الابتداء للقاعدة العامة (يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء). فالفقه الاسلامي فرق بينهما في مواضيع كثيرة منها: أن ابتداء عقد الزواج فاسد في الاحرام دون دوامه. وابتداء العقد على المعتدة فاسد دون دوامه. وابتداء العقد على الزانية فاسد عند الأمّام احمد ومن وافقه دون دوامه.

ولا يقاس على نكاح المتعة لان المعنى الذي حرم لاجله نكاح المتعة هو كون العقد مؤقتا من اصله، وهذا العقد مطلق لكن عرض له ما يبطله ويقطعه فلا يبطل كما لو علق الطلاق بشرط وهو يعلم أنها تفعله.

وعلى الرغم مما سبق من الآراء والأدلة ومناقشتها فاغلب الظن أنه لم يصل لحد الان أي فقيه الى دليل قطعي يثبت صحة تعليق الطلاق أو بطلانه غير أنه يخطر ببال كل متتبع سؤال وهو: لماذا يبطل النكاح والبيع وغيرهما من أكثر التصرفات القولية بالتعليق دون

---

[1] يراجع البحر الزخار ١٩١/٣.

الطلاق مع خطورته وأهميته في حياة الأسرة والمجتمع فما الذي أوجب الغاء هذا وأقّر صحة ذلك؟

وبهذا الصدد يقول ابن القيم[1]: (قولنا في تعليق الطـلاق بالشـرط كقـولكم في تعليـق الابراء، أو الهبة، والوقف، والبيع، والنكاح.... سواء، فلا يمكنكم البتة أن تفرّقـوا بـين مـا صح تعليقه من عقود التبرعات و المعاوضات والاسقاطات بالشروط وما لا يصـح تعليقـه، فلا تبطلوا قول منازعيكم في صحة تعليق الطلاق بالشرط بشي، الا كان هـو بعينـه حجـة عليكم في ابطال قولكم في منع صحة تعليق الابراء والهبة والوقف والنكاح. فما الذي أوجب الغاء هذا التعليق وصحة ذلك التعليق؟ فان فرقتم بالمعأوضة وقلتم: أن عقود المعاوضـات لا تقبل التعليق بخلاف غيرها.

انتقض عليكم طرداً بالجعالة وعكساً بالهبـة والوقـف، فـانتقض علـيكم الفـرق طـردا وعكسا. وان فرقتم بالتمليك والاسقاط فقلتم (عقود التمليك لا تقبل التعليق بخلاف عقـود الاسقاط) أنتقض أيضا طرده بالوصية، وعكسه بالابراء، فلا طـرد ولا عكـس. وان فـرّقتم بالادخال في ملكه والاخراج عن ملكه فصححتم التعليق في الثاني دون الأول أنتقض أيضـا فرقكم فان الهبة والابراء اخراج عن ملكه ولا يصح تعليقهما عندكم.

وان فرقتم بما يحتمل الغرر ومالا يحتمله فما يحتمل الغرر والأخطار يصـح تعليقه بالشـرط كالطلاق والعتق والوصـية ومالا يحتمله لا يصح تعليقه كـالبيع والنكـاح والاجـارة أنـتقض عليكم بالوكالة فانها لا تقبل التعليق عندكم وتحتمل الخطر... الى آخره).

---

[1] اعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ١٠٢/٤ وما بعدها.

الفرع الثاني
الحلف بالطلاق

سبق أن بيّنا أن التعليق قد يكون حلفا، الا أن الفرق بينهما دقيق لا يُعرف الا بالقصد والغرض وطبيعة المعلّق عليه، لكن هذا الخلط بين التعليق والحلف غير وارد، اذا استعمل الزوج صيغة اليمين الاعتيادية كان يقول (بالطلاق افعل كذا) أو (بالطلاق لا أفعل كذا).

حكم الحلف بالطلاق:

في هذه المسألة خلاف بين السلف والخلف على ثلاثة آراء[1]:

الرأي الأول :

يقع الطلاق اذا حنّث في يمينه، وهذا هو المشهور عن جمهور الفقهاء، من الحنفية[2]، والمالكية[3]، والشافعية[4]، وبعض الحنابلة[5]، والزيدية[6]. حتى اعتقد طائفة من المتأخرين أن الوقوع ثابت بالاجماع،[7] وحجتهم: أن الزوج التزم أمرا عند وجود شرط، فلزمه ما التزمه. ويناقش هذا الرأي من أوجه متعددة منها:

١ـ لم يثبت لا بنص ولا اجماع.

٢ـ اليمين بغير ذات الله وصفاته باطل، وما يبنى على الباطل فهو باطل.

٣ـ منقوض بنذر الطلاق والمعصية والتزام الكفر على وجه اليمين.

---

[1] مجموع فتاوى ابن تيمية ٢١٥/٣٣.

[2] حاشية الطحاوي ١٥٠/٢.

[3] شرح الخرشي ٥٤/٤.

[4] نهاية المحتاج ٣٨/٧. مغني المحتاج ٣١٢/٣.

[5] الروض المربع ١٧١/٣ وما بعدها.

[6] التاج المذهب المرجع السابق ١٥٨/٢ وما بعدها.

[7] مجموع فتاوى ابن تيمية المرجع السابق، ٢١٦/٣٣.

الرأي الثاني:

لا يقع به طلاق ولا تجب عليه كفارة:

وقد روي هذا الرأي عن علي بن ابي طالب ﷺ، وقـال بـه القاضـي شـريح، وطـأووس، وعكرمة، مولى ابن عباس، وهو مذهب الجعفرية، والظاهرية، والأباضية.

الجعفرية:

قالوا: لا يقع الطلاق المعلق على شرط، ولا المجعول يمينا لما روي عن جعفر بـن محمـد: (من حلف بالطلاق أو العتاق ثم حنث فليس ذلك بشيء)، اذا لا تطلق امرأته عليه، ولا يعتق عليه عبده.

ولان الرسول ﷺ نهى عن اليمين بغير الله، ونهى عن الطلاق بغير السنة[1].

الظاهرية:

قالوا: اليمين بالطلاق لا يلزم سواء برّ أو حنث لا يقع به طلاق. ولا طلاق الا كمـا أمـر الله ﷻ، ولا يمين الا كما أمر الله على لسـان رسـوله ، برهان ذلك قول الله ﷻ: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾. وقول النبـي ﷺ: ((من كان حالفا فلا يحلف الا بالله))[2].

وبناء على هذا فان كل حلف بغير الله معصية وليس يمينا[3].

الأباضية:

قالوا: الحلف بالطلاق معصية وان القـول بوقـوع الطـلاق المحلـوف بـه أن حنـث قـول مستحدث، وبدعة سيئة. جاء في جوهر النظام:

وحلف الطلاق نوع معصية   فاعله ليس لـه من تزكية

لانـه بغير ربي أقســـما   فهـــو بغير ربه عظما

والحلف في طلاقها أن حنثا   والقول بالطلاق مما أحدثا[4]

ورجح هذا الرأي المرحوم الاستاذ الشيخ محمود شلتوت شيخ جامعة الأزهر سـابقا، فقـال: ان الحالف بالطلاق لا يكون كافرا، استنادا الى قول النبـي ﷺ ((مـن حلـف بغـير الله فقـد كفر)). لان هذا الحديث قصد به المبالغة في الزجر عن الحلف بغير الله، وقد كان العهد عهـد

---

[1] مستدرك الوسائل ٣/٦.

٢)) مسلم : ٣١٠٦

[3] المحلى لابن حزم الظاهري ١٠/٢١١-٢١٢.

[4] جوهر النظام ٢/٢٢٢.

تعظيم بغير الله من المخلوقات أو المصنوعات. والحلف بالطلاق ليس فيه معنى التعظيم الذي كان منظورا اليه في ذلك العهد، وانما هو عبث بألفاظ اليمين وحلف بغير ما شرع الله له الحلف به ومن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت. وأصح الآراء الحلف بغير الله ولو كان نبيا مرسلا أو ملكاً مقرباً، أنه حرام وانه لا ينعقد، وكفارته التوبة والاستغفار[1].

الرأي الثالث:

ان هذه يمين من أيمان المسلمين، فيجري فيها ما يجري في هذه الأيمان من الكفارة عند الحنث، الا أن يختار الحالف ايقاع الطلاق فله أن يوقعه، فلا تجب عليه الكفارة.

قال ابن تيمية[2] (رحمه الله): وهو أصح الاقوال وهو الذي يدل عليه الكتاب والسنة وقول طائفة من السلف والخلف، وهو مقتضى المنقول من أصحاب رسول الله ﷺ وبه يفتي كثير من المالكية وغيرهم.

والذي أميل اليه:

هو أنه لا يقع الطلاق غير المنجز أو المشروط أو المستعمل بصيغة اليمين للأسباب الآتية:

١ـ اتفق الفقهاء على أن كل تصرف قولي أو فعلي إذا كان معلقاً على شرط يكون باطلاً، وقولهم بوقوع الطلاق المعلق إذا تحقق المعلق عليه يكون مناقضاً لهذا الاتفاق.

٢ـ الطلاق أخطر تصرف قولي يصدر عن الانسان، فإذا كان البيع أو الهبة أو نحوهما معلقاً على الشرط يبطل، فالمفروض أن الطلاق إذا كان معلقاً على شرط يكون باطلاً من باب أولى، لانه أبغض الحلال الى الله، ولان سلبياته دائماً اكثر من ايجابياته بالنسبة للزوجين والأولاد وغيرهم.

٣ـ أجمع فقهاء الاسلام على أن الحلف بغير ذات الله وصفاته باطل، وبناء على ذلك يكون الحلف بالطلاق باطلاً، وما يبنى على الباطل باطل، فلا يقع الطلاق إذا حنث الحالف في حلفه.

٤ـ الشريعة يجب أن تؤخذ من منبعها لا من اجتهادات الفقهاء، وإذا رجعنا الى منبع الشريعة الاسلامية لا نجد الطلاق المعلق أو الحلف بالطلاق، لا في كتاب الله ولا في سنة رسول الله ولا في فتاوى وأقضية الصحابة.

---

[1] أنظر فتاوى الامام محمود شلتوت ٣٠/١.

[2] مجموع فتاوى شيخ الاسلام احمد بن تيمية ٢١٨/٣٣ـ٢١٩.

٥ـ أن التعليق في الطلاق والحلف به استحدثا في العهد الأموي، حين كـان المسـؤولون في الخلافة الاموية يتهمون من يعارضهم في الخلافة والسياسة بانهم من أنصار العلويين، فحين القاء القبض على من يُتهم بهذه التهمة لم تكن هنـاك عقوبـة سـالبة للحريـة بالسجن أو الحبس، لذا كانوا يلجأون الى الحلـف ب القـرآن علـى أن لا يخونهم ولا يكون من أنصـار منـأوئيهم، ثم يتبين خلاف ذلك، لذا لجأوا الى اسـتخدام طريقة أخرى وهي التعليق بالطلاق أو الحلف به، وكان المتهم يقول إذا تعأونت مـع المعارضـة يقـع طلاق زوجتي، أو يقول بالطلاق لا أخونكم ولا أكون من أنصار من يعارضكم، فـإذا ظهر كذب المتهم عندهم يحكمون بوقوع طلاقه وبعدم السماح باستمرار الزوجية بينـه وبين زوجته، وبهذه الطريقة ظهر التعليق بالطلاق والحلف به، ثم أصبحت هذه الطريقة محل خلاف الفقهاء، فمنهم من قال ببطلان تعليق الطلاق والحلف به لعدم ورودهمـا في القرآن أو السنة أو فتأوى وأقضية الصحابة، ومنهم من قال بالعمـل بهمـا وبوقـوع الطلاق إذا تحقق الشرط المعلق عليه أو حنث الحالف، وهكذا إستمر الخلاف الى يومنا هذا بين مؤيد ومعارض في موضوع لا أساس له في الشريعة الاسلامية.[1]

تعليق الطلاق والحلف به في قوانين الأحوال الشخصية:

العراقي: (لا يقع الطلاق غير المنجز أو المشروط أو المستعمل بصيغة اليمين) (م٣٦).

الأردني: (لا يقع الطلاق غير المنجز اذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه) (م٨٩).

السوري: (لا يقع الطلاق غير المنجز اذا لم يُقصد به الا الحث علـى فعـل شـيء، أو المنـع منه، أو استعمل استعمال القسم لتأكد الأخبار لا غير) (م٩٠).

المغربي: (الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه لا يقع) (الفصل ـ٥٢).

التونسي: (لا يقع الطلاق الا لدى المحكمة ويطلب من أحد الزوجين) (الفصل٣٠ـ٣١)

يؤخذ من هذه النصوص أن المشرع العراقي أخذ بـرأي الجعفريـة والظاهريـة ومـن حـذا حذوهما. وان بقية القوانين أخذت برأي ابن تيمية ومن اتفق معه في حكم التعليق والحلـف في الطلاق. والتونسي وان لم يصرح بهذا الحكم الا أنه يفهم منه ذلك بعد اشتراط شرطين شكليين للطلاق وهما: رفع الدعوى من أحد الزوجين والايقاع أمّام المحكمة.

---

[1] يُنظر الإسلام قبل المذاهب عقيدة وشريعة، لجماعة من نوابغ العلماء، مطبعة الأمّام ١٣ شـارع محمد كريم بالقلعة بالقاهرة. ص ١١١ وما بعدها.

الفصل الثالث

المطلّق

سبق أن تنأول الفصل الثاني من الباب الرابع أحكام الركن الأول من اركان الطلاق، وهو الصيغة، ويتضمن هذا الفصل ما يتعلق بالركن الثاني (المطلّق) من الأحكام.

اتفق الفقهاء على صحة الطلاق من البالغ العاقل المختار، وعلى عدم صحته من المجنون ومن في حكمه اذا كان الطلاق حال جنونه.

واختلفوا في حكم طلاق المكره، والسكران، والغضبان، والهازل والسفيه، والمخطىء، والصبي المميز، والولي، والمريض، والمولي.

ومنشأ الخلاف في المكره والسكران والغضبان والهازل والمخطىء، هو الاختلاف في اعتبار القصد هل هو عنصر من عناصر صحة الطلاق، وان اتى المطلق بصيغة صريحة أو لا؟ فمن يراه عنصرا مطلقا قال بعدم الوقوع، لان المراتب التي اعتبرها الشارع اربعة:[1]

احداها: أن يقصد الحكم ولا يتلفظ به.

والثانية: الا يقصد اللفظ ولا حكمه.

والثالثة: أن يقصد اللفظ دون حكمه.

والرابعة: أن يقصد اللفظ والحكم معا.

وكل من الأول والثاني لغو، والثالث مختلف فيه، والرابع متفق عليه. وبناء على هذا يعتبر كلام المكره والسكران ولحوهما لغوا. وأمّا السفيه والصبي المميز، فمرد الخلاف في طلاقهما وهو مدى الاهلية اللازمة لهذا التصرف. وأمّا المريض فطلاقه صحيح اذا لم يكن في حال الهذيان، وانما الخلاف في توريث مطلقته. ومنشؤه هو التعارض بين مدى تأثير سوء قصد الزواج الفار، وبين زوال سبب الارث.

ونستعرض وجهة نظر الفقهاء فيما اختلفوا فيه في المباحث العشر التالية :

---

[1] زاد المعاد (٤ / ٣٨)

المبحث الأول

طلاق المكرَه

الاكراه هو حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه، ولا يختار مباشرته لو خُلّي ونفسه، فيكون مُعدما للرضى والاختيار عند من يقول بوحدتهما ـ كالجمهور ـ ويعدم الرضا فقط دون الاختيار عند الحنفية ومن حذا حذوهم ـ كالاباضية ـ على أساس أن الفعل يصدر عنه باختياره[1] بإيثار الجانب الأسهل على الجانب الأشقّ.

شروط الاكراه:

الاكراه الذي يعتبر عارضا من عوارض الأهلية ومؤثرا على صحة التصرفات يشترط فيه توفر الشروط التالية:

١. ان يكون المكرِه قادرا على تحقيق ما يهدد به بولاية أو تغلّب أو فرط هجوم، وان يعلم المكرَه ذلك.

٢. ان يكون المهدّد به ضررا ماليا أو نفسيا أو أدبيا.

٣. ان يكون المكرَه عاجزا عن الدفع بفرار أو بمقاومة أو استعانه بغير.

٤. ان يغلب على ظنه أنه أن امتنع عن القيام بالفعل المكرَه عليه أوقع به المكروه.

٥. ان يُهدد بعقوبة عاجلة.

٦. الا يظهر من المكره ما يدل على رضائه، وانما يفعل ما اكره عليه تحت تأثير خوف التهديد.

٧. ان يكون المهدد به مما يحذر منه ويؤتي بالمطلوب حذرا منه كالتخويف بالقتل، وقطع الطرف، والضرب الشديد، والحبس الطويل، واتلاف المال بالنسبة لمن يؤثر عليه فقدان هذا المال، والاستخفاف بالشخصية ، والنفي عن البلد.

٨. ان يكون الاكراه بغير حق. فاذا كان الزوج موليا ومضى على ايلائه اربعة اشهر، يجبره القاضي على معاشرة زوجته أو تطليقها. فالطلاق تحت هذا الاكراه يقع لانه بحق.

---

[1] شرح طلعت الشمس على الالفية للاباضية ٢/ ٢٧١

حكم طلاق المكرَه:

اختلف الفقهاء في حكم طلاق المكره الى فريقين: الحنفية والجمهور ولزيادة الايضاح فخصص لوجهة نظر كل فرقة فرعا مستقلا.

الفرع الأول
رأي الحنفية في طلاق المكره

الاكراه عند الحنفية

أمّا مُلجئ. (كامل): وهو التهديد بالقتل أو نحوه مما يفسد الاختيار ويعدم الرضا.

وأمّا ناقص: وهو التهديد الذي يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار.

وكلا النوعين لا يؤثر في نظرهم على صحة الطلاق، وذلك لان الذي يقع عليه الاكراه أمّا أن يكون من الأمور الحسية (التصرفات الفعلية) كالاكراه على القتل، والسرقة، وشرب الخمر... وأمّا أن يكون من الأمور الشرعية (التصرفات القولية) كالاكراه على البيع، والطلاق، والزواج... فعندئذ:

أ ـ فان كان التصرف المكره عليه يحتمل الفسخ ويشترط فيه الرضا كالبيع والشراء والاجارة وغيرها فانه يكون فاسدا، ويفيد الملك اذا اتصل به التسليم والا فلا. وعند زفر يكون موقوفا على اجازة المكرَه بعد زوال الاكراه.

ب ـ وان كان التصرف لا يحتمل الفسخ كالطلاق والعتاق... فانه ينفذ التصرف عندهم.

وقالوا: الطلاق أن كان قبل الدخول بالزوجة يجب نصف المهر المسمى، والمتعة في غير المسمى على المكره، لانه وجب ذلك بسبب اكراهه وان كان بعد الدخول يجب على الزوج على الرغم من الاكراه لانه استوفى منفعة البضع (التمتع بالزوجة)[1].

---

[1] علاء الدين السمر قندي، تحفة الفقهاء تحقيق وتعليق الدكتور محمد زكي عبد الله ط/١/ ١٣٩٧هـ ـ١٩٥٩م مطبعة جامعة دمشق.٣/٥٩ـ٤٦٥.

وجملة الكلام أن الاكراه ليس له اي تأثير على صحة الطلاق ووقوعه عندهم، يقول الكاساني (وأمّا كون الزوج طائعا فليس بشرط عند اصحابنا ـ وعند الشافعي شرط ـ حتى يقع طلاق المكرَه عندنا)[1]. ويقول السرخسي: (وخُلع المكرَه وطلاقه جائز عندنا وهو باطل عند الشافعي، فتأثير الاكراه عنده في الغاء عبارة المكره كتأثير الصبا والجنون، وعندنا تأثير الاكراه في أنعدام الرضا اهدار القول[2] وذهب الى رأي الحنفية الشعبي، والنخعي، والثوري.

واستدلوا على وقوع طلاق المكرِه بعدة أدلّة أهمّها ما يلي:

١. عموم واطلاق آيات احكام الطلاق حيث لم تفرق بين طلاق المكره وطلاق الطائع.

٢. ان المكره قصد ايقاع طلاق زوجته حال الأهلية، لانه عرف الشرين واختار أهونهما، واختيار أهون الشرين علامة القصد والاختيار.

٣. قياس طلاق المكره على طلاق الهازل الذي ثبت بحديث ((ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، الطلاق والنكاح والرجعة))[3] والجامع بينهما هو أن المكره والهازل يقصدان اللفظ دون الأثر وهو وقوع الطلاق.

٤. ما روى الغار بن جبلة عن صفوان بن عمرو الطائي من أن إمرأة كانت تبغض زوجها، فوجدته نائما فوضعت شفرة على صدره، قالت له طلقني أو لأذبحنك، فناشدها فأبت فطلّقها، ثم جاء الى الرسول ﷺ فسأله عن ذلك فقال ((لا قيلولة في الطلاق)).[4]

مناقشة هذه الادلة:

١ـ آيات أحكام الطلاق وان وردت مطلقة الا أنها مقيدة بسنة الرسول ﷺ كما في طلاق الصبي والمجنون، والحنفية لا ينكرون هذا التقييد بالنسبة اليهما، فلماذا أهملوه بالنسبة للمكره؟ وقد قال النبي ﷺ ((رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما

---

[1] بدائع الصنائع للكاساني ١٧٩٢/٤.

[2] المبسوط للسرخسي ٦/ ١٧٦.

(٣) رواه الترمذي وأبو داود عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة وقال الترمذي هذا حديث حسن غريب

[4] شرح فتح القدير٣٩/٣.

استكرهوا عليه))[1]. ثم أنهم يقولون بعدم صحة بيع المكره مع عموم قوله تعالى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾.

٢ـ القول باختيار المكره لانه اختار أهون الشرين قول غير دقيق، لانه لا وجود لخيار صحيح مع الاكراه. والحنفية يعترفون بفساد الاختيار. ثم أنهم يتفقون مع الجمهور في أنعدام الرضا وفي أن المكره غير راض بتطليق زوجته، وان اختياره لأهون الشرين كان لمؤثر خارجي فلا يكون كاملا، ولذا لا يعتبر كافرا اذا اكره على التلفظ بكلمة الكفر.

٣ـ قياس المكره على الهازل غير صحيح من وجهين:

أ ـ أن المقيس عليه محل الخلاف فلا يصح القياس عليه. ثم أن من قال بوقوع طلاق الهازل استند الى مباشرة سبب الحكم باختياره، والمكره لا اختيار له فلا يقاس عليه.

ب ـ أنه قياس مع الفارق، لان الهازل يتكلم بكامل ارادته وحرية اختياره، وهزله أنما يكون بالنسبة الى أثره، وأمّا المكره فانه لا يقصد اللفظ ولا الأثر.

٤ ـ حديث (لا قيلولة في الطلاق) معلول من وجوه ثلاثة:

أ ـ ضعف صفوان بن عمرو.

ب ـ لين الغار بن جبلة.

ج ـ تدليس بقية الرواة.

ومثل هذا الحديث لا يحتج به.[2]

وقال ابن حزم (حديث صفوان في غاية السقوط، وصفوان منكر الحديث).[3]

وعلى تقدير صحة الحديث فانه يُحمل على أن الرسول ﷺ قد احس بمدى بغض الزوجة لزوجها حتى أنها حاولت ذبحه، فأدرك أن العشرة مستحيلة.[4]

---

(١) رواه ابن ماجه والبيهقي عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه .

(٢) زاد المعاد ٤/٤٠.

(٣) المحلى لابن حزم الظاهري ٢٠٣/١٠.

(٤) احكام الاسرة في الاسلام للاستاذ محمد سلام مدكور ٢/٦٤ .

والواقع أن الاساس الذي بنى الحنفية وقوع طلاق المكره عليه هو التفريق بين الرضا والاختيار، خلافا لجمهور الفقهاء، حيث قالوا: أن الاختيار هو قصد العبارة أو ما يقوم مقامها من اشارة أو كتابة باعتبارها سببا عاديا لانشاء العقود، ووسيلة شرعية لاستحداثها سواء وجدت الرغبة في أنشاء العقد ام لا، ما دام قد تم الاختيار بترجيح فعل شيء على تركه، غير أن الاختيار يكون فاسدا أن لم يستصحبه الميل والرغبة، بان يكون دفعا لشر اخطر واختيارا لأخف الضررين.

وأمّا الرضا فهو ارتياح النفس وانبساطها من عمل ترغب فيه (بان ترغب في ترتب الآثار الشرعية على التصرف) وبناء على هذا التعريف يمكن أن يوجد الاختيار دون أن يتحقق معه الرضا.

وبناء على ذلك قالوا: أن المكره على الطلاق قد قصد صيغة الطلاق واختيارها باعتبارها أهون الشرين، وبذلك قام الاختيار مقام الرضا، وأمّا جمهور الفقهاء فانهم يرون أن الرضا هو الاختيار اي قصد العاقد لانشاء العقد طلبا لآثاره، فالرضا والاختيار بمعنى واحد، وهما يُعبّران عن الارادة والرغبة في أنشاء العقد. وبناء على ذلك لا يُتصور عندهم صحة التصرف من غير تحقق الاختيار الذي هو عين الرضا.[1]

[1] الفقه الاسلامي للاستاذ محمد سلام مدكور ص ٤٠٤ - ص٤٠٦.

الفرع الثاني
رأي جمهور الفقهاء في طلاق المكره

اتفق الجمهور (المالكية، والشافعية، والحنابلة، والجعفرية، والزيدية، والظاهرية، والاباضية): على أن طلاق المكره لا يقع اذا توافرت شروط الاكراه المذكورة في الفرع السابق، لان الاكراه من العوارض التي تُفسد الارادة، فالمكرَه يعمل بما لا يريده. الا أن بعض المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية اضافوا الى الشروط السابقة شرطا اخر وهو التورية[1]. ثم أنهم لم يتفقوا على ضابطة موحدة لمعرفة ثبوت الاكراه ومداه، فمنهم من شدد في المعيار، ومنهم من قال: يتحقق الاكراه بأدنى ضرر مادي أو معنوي.

المالكية:

قالوا: لايقع طلاق المكره في الفتيا والقضاء اذا لم يكن قاصدا بطلاقه حل العصمة باطنا ولم يكن الاكراه بحق، خلافا للمغيرة حيث يرى عدم لزوم الطلاق ولو كان الاكراه شرعيا. واستدلوا على عدم نفاذ طلاق المكره بعدة أدلّة منها:

١ـ قول النبي ﷺ ((لا طلاق في اغلاق))[2]، وقوله: ((ان الله وضع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه))[3].

٢ـ قياس المكره على المجنون في عدم توجيه قصده الى حل العصمة عند أنشاء صيغة الطلاق، وفي عدم اختياره.

جاء في الشرح الكبير[4]: (من اكره على ايقاع الطلاق لا يلزمه شيء في فتوى ولا قضاء لخبر مسلم لا طلاق في اغلاق، بل لو اكره على واحدة فأوقع اكثر، فلا شيء عليه لان المكره لا يملك نفسه كالمجنون اي ولم يكن قاصدا بطلاقه حل العصمة باطنا والا لوقع عليه).

---

[1] التورية هي: أن يأتي المتكلم بلفظ فيه ايهام على السامع له معنيان قريب وبعيد ويريد البعيد كقوله: هي طالق ويريد من وثاق مثلا.

[2] سنن ابي داود مع حاشية عون المعبود ٢/٢٢٥.

[3] رواه ابن ماجة (٢٠٤٥) ورواه ابن حبان (١٤٩٨).

[4] ٢/٣٦٧

وفي الخرشي: (وما قدمه من أن المكره لا يصح طلاقه ولا يلزمه فيه شيء، مشروط بان لا يكون الحالف قد ترك التورية مع معرفته لها)[1].

لكن يبدو من بعض المراجع أن المالكية لم يتفقوا على ضرورة توفر شرط التورية، حيث جاء في الشرح الصغير: (وأمّا المكره فلا يلزمه في فتوى ولا قضاء لقوله ﷺ ((لا طلاق في اغلاق) اي اكراه ولو ترك التورية))[2]

الشافعية:

قالوا: لا يقع طلاق المكره كما لايصح اسلامه، لقول النبي محمد ﷺ : ((رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه))... ولخبر ((لا طلاق في اغلاق)). ولانه قول لو صدر منه باختياره طلقت زوجته، فان اكره عليه بباطل لغا كردة. ولا فرق بين الاكراه الحسي والشرعي: فلو حلف ليطأن زوجته الليلة، فوجدها حائضاً، أو حلف ليقضين زيدا حقه في هذا الشهر فعجز عنه لا يقع طلاقه.

ومعيار الاكراه في نظرهم يختلف باختلاف الأشخاص وأحوالهم، فقد يكون الشيء اكراها في حق شخص دون اخر، وفي حال دون حال[3].

ويعتبر ترك التورية مع العلم من مظاهر الاختيار فيقع طلاقه.

جاء في الوجيز: (ولا يقع طلاق المكره الا اذا ظهرت دلالة اختياره بان أكرَاهه على طلقة واحدة، فطلق ثلاثا أو ترك التورية مع العلم بها)[4].

لكن يؤخذ من بعض المراجع أن شرط التورية ليس متفقا عليه، حيث جاء في الانوار: (الشرط الثالث ـ أن يكون مختارا لا يقع فلا يقع طلاق المكره بغير حق وان قدر على التورية)[5].

الحنابلة:

قالوا: لا يقع طلاق المكره اذا توافرت شروطه، لكن ينبغي أن ينوي بقلبه غير زوجته. ومقياس الاكراه عندهم اشد بالنسبة لبقية المذاهب، حيث أن السب والشتم واخذ المال

---

[1] شرح الخرشي ٣٤/٤ وما بعدها.

[2] الشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي ٤١٨/١.

[3] المهذب لابي اسحاق الشيرازي ١٥٠/٢.

[4] الوجيز للغزالي ٥٧/٢.

[5] الانوار لأعمال الأبرار، المرجع السابق، ١٧٦/٢.

اليسير لايُعد اكراها، مهما كانت منزلة الشخص المكره الاجتماعيــة والاقتصــادية، بخلاف الضرب وهو من وسائل الاكراه وان كان يسيرا. جاء في الاقناع : (والضرب اليسير اكراه لذي المروءات فقط، والسب والشتم واخذ المال اليسير ليس اكراها)[1].

وهم كالمالكية والشافعية يشترطون التورية . ففي الاقناع أيضا: (وينبغي لمن أُكره على الطلاق وطلّق أن يتأوله فينوي بقلبه غير امرأته).

وفي المغني: (لا تختلف الرأوية عن احمد أن طلاق المكره لا يقع)[2]. وهم يستندون الى اقوال الرسول ﷺ منها: ((ان الله وضع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)). و((لا طلاق في اغلاق)).

الجعفرية:

اتفق فقهاء الجعفرية على عدم وقوع طلاق المكّره اذا توافرت شروطه. جاء في شرائع الاسلام (الشرط الثالث ـ الاختيار فلا يصح طلاق المكره، ولا يتحقق الاكراه ما لم يكمل اموراً ثلاثة: كون المكرِه قادرا على فعل ما توعد به، وغلبة الظن بانه يفعل ذلك مع امتناع المكره، وان يكون ما توعد به مضرا بالمكرَه في خاصة نفسه أو من يجري مجرى نفسه كالاب والولد، سواء كان ذلك الضرر قتلا أو جرحا أو شتما أو ضربا. ويختلف بحسب اختلاف المكرهين في احتمال الاهانة)[3].

الزيدية:

قالوا: لا يقع طلاق المكره لقول النبـي محمد ﷺ: ((وما استكرهوا عليه)) ونحوه. الاّ أنهم يشترطون أن لا ينوي الطلاق لانه بالنية يصبح مختارا. وهم كالحنفية قسموا الاكراه الى ملجئ وغير ملجئ. وقالوا: لا يقع طلاق المكره في الحالتين لقوله تعالى ﴿لا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾ اي لا حكم لفعل المكره الا ما خصه دليل ولقول النبـي ﷺ: ((لا طلاق في اغلاق))[4].

---

[1] الاقناع ٤/٣ وما بعدها. لكن يشترط صاحب المغني (١٢٠/٧): أن يكون الضرب شديدا والقيد والحبس طويلين.

[2] المغني لابن قدامة ١١٨/٧.

[3] شرائع الاسلام للمحقق الحلي، المرجع السابق ٥٣/٢.

[4] التاج المذهب، المرجع السابق ١١٩/٢.

الظاهرية:

جاء في المحلّى: (وطلاق المكره غير لازم لقول النبـي ﷺ: ((رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)) [1]. أي: رفع حكمه.

الاباضية:

لم يختلف فقهاء الاباضية في القول بعدم وقوع طلاق المكره، جاء في جوهر النظام [2]:

ومثله المجبور متى طلقـا	فالخلف في طلاقه قد اطلقا
والعـفو واقع عن الجميع	من الإله الواحـــد السـميع

حكم طلاق المكره في قوانين الاحوال الشخصية:

اتفقت قوانين الأحوال الشخصية للبلاد الاسلامية على عدم وقوع طلاق المكره. راجع القانون العراقي (م٣٥)، والسوري (م٨٩)، والاردني (م٨٨)، والمغربي (الفصل ـ ٤٩)، والتونسي (الفصل ـ ٣١)...

---

(1) المحلى لابن حزم الظاهري ٢٠٣/١٠

(2) جوهر النظام في الفقه الاباضي المرجع السابق ٢٢٠/٢.

المبحث الثاني

طلاق السكران

السكران هو من يحدث خلل في توازن عقله بسبب ما يتعاطاه من المسكرات، بحيث لا يبقى واعيا لنتائج ما يصدر عنه من التصرفات القولية أو الفعلية. فالمفروض الا يكون السكران مكلفا في حال سكره، ومع ذلك فقد اختلفت أراء فقهاء المسلمين في حكم تصرفاته وبضمنها الطلاق. وهم بعد أن اتفقوا على عدم وقوع طلاق أوقعه في حال سكره اذا تناول المسكر بطريق مباح كالشرب اضطرارا، أو اكراها، أو جهلا، أو دواء.. فقد اختلفوا فيما عدا ذلك على التفصيل الآتي:

الحنفية:

لم يتفق فقهاء الحنفية على راي واحد في حكم طلاق السكران بل قال زفر، والكرخي، والطحاوي، ومحمد بن سلمة: بعدم وقوعه أيّا كانت المادة التي اتخذ منها المسكر، وايا كان سبب تعاطيه للأدلة التالية:

١ـ السكران ليس له قصد صحيح، والايقاع يعتمد على القصد الصحيح.

٢ـ قياسه على المجنون والصبي بجامع عدم القصد.

٣ـ غفلته عن نفسه فوق غفلة النائم، لان النائم ينتبه اذا نبه بخلاف السكران، فطلاق النائم لا يقع بالاتفاق فكذلك طلاق السكران.

٤ـ زوال عقله بسبب المعصية لا أثر له والا لصحت ردته.

وقال جمهورهم بوقوع طلاق السكران للاسباب الآتية:

١ـ لما روى عن الرسول ﷺ من أنه قال: ((كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمعتوه)).

٢ـ ولان عقله زال بسبب هو معصية، لذا يعتبر قائما في حال سكره عقوبة عليه وزجرا له عن ارتكاب المعصية.

٣ـ ولان السكران يتعلق بافعاله خطاب الله بدليل قوله تعالى ﴿لا تَقْرَبُوا الصَّلاةَ وَأَنتُمْ سُكَارَى﴾.

هـ- ولان قياسه على النائم قياس مع الفارق لان النوم يمنعه مـن العمـل، فلانعـدام العمل يحكم بعدم وقوع طلاق النائم، ثم أن الغفلة بسبب النوم ليست معصية[١].

المالكية:

اختلف فقهاء المالكية أيضا في حكم طلاق السـكران حسـب التفصـيل الـوارد في شـرح الخرشي الذي نصه: (وهل محل صحة طلاق السكران أن كان معه ميز، والا فلا يلزمه طـلاق اتفاقا، وهذه طريق الباجي وابن رشد. وطريقة المازري: يقع عليـه الطـلاق ميـز ام لا، علـى المشهور. وطريقة ابن بشير: أن كان معه ميز فانه يلزمه طلاقه باتفاق وان لم يكن معـه ميـز فانه يلزمه طلاقه على المشهور)[٢].

ويتفق مع الراي المشهور ما جاء في الشرح الصغير[٣].

والحاصل يقول الخرشي: الطرق ثلاث طريقة اللخمي: أن الخلاف مطلق. وطريقة ابن رشد. أن الخلاف في الذي معه بقية من عقله. وطريقة ابن بشير: أن الخلاف في المغمـور لا في الـذي معه تمييز.

الشافعية:

قال جمهور فقهاء الشافعية بوقوع طلاق السكران مطلقا سواء أكان له تمييز الصالح من الطالح ام لا، بإستثناء المزني من الشافعية الذي قال بعـدم وقوعـه. كمـا نسـب الى الأمـام الشافعي (رحمه الله) قولان: ففي قول القديم قال بعدم الوقوع. وعلل الغزالـي (رحمـه الله) الحكم بوقوعه بان صحته من قبيل ربط الأحكـام بالأسـباب[٤]. وقـال الشـربيني[٥]: (يقـع تغليظا عليه لعصيانه). والقول المنسوب الى الشافعي حكاه الشيرازي في المهـذب[٦] فقـال: (وروى المزني أنه قال في القديم لا يصح ظهاره والطلاق والظهار واحد. فمـن اصـحابنا مـن قال: فيه قولان أحدهما لا يصح وهو اختيار المزني وأبى ثور، لانه زائل العقل فاشبه النـائم

---

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي ١٧٦/٦. شرح فتح القدير ٤٩٠/٣ وما بعدها. بدائع الصنائع للكاساني١٧٩٠/٤. تحفة الفقهاء للسمر قندي ٢٩٣/٢. حاشية ابن عابدين ٢٩٣/٣.

(٢) شرح الخرشي على مختصر خليل، طبعة بولاق ١٣١٧هـ ، ٣٢/٣.

(٣) الشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي ٤١٨/١.

(٤) ارشاد الساري شرح صحيح البخاري للقسطلاني ١٤٦/٨.

(٥) مغني المحتاج٢٧٩/٣.

(٦) ٧٧/٢.

أو مفقود الارادة). وحكاه السرخسي في المبسوط[1]. فقال: (وخلع السكران وطلاقه واقع عندنا، وفي احد قولي الشافعي لا يقع).

وحكاه ابن رشد في بداية المجتهد[2] فقال: (وعن الشافعي قولان في ذلك واختار اكثر اصحابه قوله الموافق للجمهور واختار المزني من اصحابه أن طلاقه لا يقع).

وحكاه الطوسي في الخلاف[3] فقال: (وللشافعي فيه قولان). وقال الكاساني في بدائع الصنائع[4]: (وفي احد قولي الشافعي لا يقع).

الحنابلة:

لم يتفق فقهاء الحنابلة ايضا على راي واحد في حكم طلاق السكران، بل لهم روايتان: الأولى يقع وهو المذهب واختاره جماعة من اصحاب الأمام احمد منهم: ابو بكر الخلال ، والقاضي، والشريف ابو جعفر، وغيرهم...

والرواية الثانية لا يقع واختاره ابو بكر عبد العزيز في الشافي وزاد المسافر، وابن عقيل، واختاره الناظم، وابن تيمية، وابن قيم الجوزية، وغيرهم من اصحاب الأمام احمد. وقال الزركشي: أن ادلة هذه الرواية - اي الثانية - اظهر. وقال الميموني: كنت اقول يقع حتى تبينته فغلب علي أنه لا يقع. وقال الطوفي في شرح الاصول: هذا - اي عدم الوقوع - اشبه.

وقال ابن قيم: (عدم الوقوع هو المذهب في احدى الروايات عنه وهي التي استقر عليها مذهبه وصرح برجوعه اليها).[5]

الجعفرية:

اتفق فقهاء الجعفرية على عدم وقوع طلاق السكران. قال الطوسي: (وطلاق السكران غير واقع عندنا لاجماع الفرقة، ولان الاصل بقاء العقد ووقوع الطلاق يحتاج الى دليل)[6]. في

---

(1) ٦/١٧٦.

(2) ٢/٦٨ .

(3) ٢/٢٤٠.

(4) ٤/١٧٢٩.

(5) لمزيد من التفصيل يراجع الانصاف في الفقه الحنبلي ٨/٤٣٣ وما بعدها. مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٣/١٠٢. زاد المعاد٤/٤٠.

(6) الخلاف في الفقه للطوسي ٢/٢٤٠.

شرائع الاسلام[1]. (الشرط الثاني العقل فلا يصح طلاق المجنون ولا السكران ولا مـن زال عقله باغماء أو شرب مرقد لعدم القصد. وفي ايضاح الفوائد[2] (فلا يصح طـلاق المجنـون المطبق ولا سكران).

الظاهرية:

اتفق فقهاء الظاهرية على عدم وقوع طلاق السكران. ودافع ابن حزم الظاهري عن رايهم هذا بادلة كثيرة. وناقش ادلة من قال بوقوعه في كتاب المحلى[3].

الزيدية:

هنالك تناقض واضح في كلام الزيدية حيث قالوا: لا يقع طلاق من زال عقله بالحشيشة أو الأفيون أو غيرهما، ولكن يقع طلاقه اذا سكر بـالخمر وان كـان سـكره بدرجـة لا يميـز بـين السماء والأرض. ففي التاج المذهب[4]: (لا يقع طلاق من زال عقله بالحشيشة أو الأفيـون أو نحوهما سواء أكله لضرورة ام لا، فان طلاق هؤلاء لا يقع. والسكران بالخمر ولـو اكـره علـى شربه يقع طلاقه اذا طلق حال سكره، سواء بقي له تمييز أو زال عقله بالكلية، بحيـث لا يميّـز بين السماء والارض). لكن يبدو مما ورد فيه من أن (هذا قول الهادي والمؤيد والمنصور بالله) أن ما ذكر ليس رأي كل فقهاء الزيدية. ويؤيّد ذلك قول صاحب البحر الزخار[5]:

(ان صيّره السكر لا يفّرق بين السماء والأرض بل كالنائم أو المغمى عليه لم يصح طلاقـه اتفاقا، وان صحى نشطا طربا لم يضع من عقله شيء صح اتفاقا وان كان بـين هـاتين الحـالتين بحيث لم يضع اكثر عقله فهو محل الخلاف).

ويؤخذ من هذا الاستعراض لاراء الفقهاء أن أهم ما استندوا اليه من الادلة على وقـوع طلاق السكران ما يلي:

١ـ أن السكران مكلّف يسأل عن تصرفاته القولية والفعليـة فكمـا يؤخـذ بجنايتـه، يحكم بوقوع طلاقه.

---

(١) ٢/٥٣.

(٢) لابي طالب محمد بن يوسف ٣/٢١٩.

(٣) للاطلاع على تفصيل ذلك يراجع المحلى لابن حزم الظاهري ١٠ /٢٠٨ ـ ٢١١.

(٤) ٢/١١٩.

(٥) ٣/١٦٦.

٢ـ أنه تسبب في زوال عقله اختيارا بارتكابه عملا غير مشروع، فطلاقه يعتبر عقوبة عليه.
٣ـ أن ترتب الطلاق على تطليق السكران من باب ربط الأحكام بأسبابها ولا يؤثر فيه السكر.
٤ـ قول الرسول ﷺ: ((كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمعتوه)). والسكران ليس صبيا ولا معتوها.
٥ـ حكم الصحابة بوقوع طلاق السكران.

مناقشة هذه الأدلة:

١ـ القول بان السكران مكلف قول غير سديد للاجماع على أن العقل شرط التكليف، فكل من لم يعقل ما يقوله ليس مكلفا. وأمّا الخطاب في قوله تعالى ﴿لا تقْرَبُوا الصَّلاةَ وَانتُمْ سُكَارَى﴾ فهو موجّه الى الصاحي الذي يفهم مدلول الخطاب.
٢ـ حصرت الشريعة الاسلامية عقوبة الشرب في ثمانين جلدة لا غيرها، فلا يجوز أن يعاقب الشخص بعقوبتين على جريمة واحدة.
٣ـ طلاق السكران ليس سببا حتى يربط به الحكم لعدم وجود القصد والعقل، لان السبب الوضعي هو طلاق عاقل توجه اليه خطاب الكتاب والسنة. ولو صح ما قالوا، لوقع طلاق الصبي والنائم والجاهل والمجنون ايضا عند مباشرتهم لنفس السبب.
٤ـ حديث ((كل طلاق...)) يحمل على المكلف، والسكران ليس مكلفا، ثم أن السكران الذي لا يعقل أمّا معتوه أو ملحق به.
وبالاضافة الى ذلك قال ابن حزم[١] أن هذا الخبر كاذب.
٥ـ الصحابة لم يتفقوا على وقوع طلاق السكران لان منهم عثمان بن عفان ﷺ وابن عباس ﷺ وغيرهما ممن قالوا بعدم وقوع طلاق السكران.

---

[١] ينظر المحلى ٢١٠/١٠.

الترجيح:

والذي يبدو لي هو أنه لا يصح اطلاق القول بوقوع طلاق السكران أو عدم وقوعه، بـل يجب أن يقرر حكمه في ضوء هذا التفصيل:

فاذا ثبت لدى القاضي أو المفتي من ظـروف القضـية أو مـن اقـوال الزوجـة أو شـهود الحادث: أن الزوج لم يكن فاقدا لسيطرته على قواه العقلية، فعندئذ يلـزم الحكـم أو الفتـوى بوقوع طلاقه، لانه في هذه الحالة أمّا أن يكـون صـاحيا حقيقـة أو يغلـب عليـه أن يكـون صـاحيا.

اذ لا يمكن القول بان كل من يتعاطى المسكر يسكر ويفقد عقله وتمييزه، وبصورة خاصـة بالنسبة للاشخاص الذين يكتسبون المناعة ضد تأثير المشروبات المسكرة.

أمّا اذا تبين من ظروف القضـية وملابسـاتها وافادة الشهود، أن الزوج عندمـا أقدم علـى الطلاق كان في حالة لم يستطع أن يُقدّرَ نتائج تصـرفه، ولم يكـن قـادراً علـى تنظـيم فكـره وتوجيه قصده نحو ما يقدم عليه، فمن الاصوب الحكم بعدم وقوع طلاقه للاسباب الآتية:

١ـ أن الشارع لم يرتب اثرا شرعيا على أقواله بـدليل الايـة ﴿لا تَقْرَبُـوا الصَّـلاةَ وَأَنـتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾[1] فهي تدل على أن السـكران لا يعلـم مـا يقـول، ومن لا يدري ما يقول لا يصح الزامه بشيء من الاحكام.

٢ـ أن الشارع حدد عقوبة السكران بثمانين جلدة، وان الجريمة الواحدة لا يجـوز أن تكـون لها عقوبتان، وان قلنا بالعقوبة التبعية فيجب الا تصيب غير الجـاني، وهنـا تتعـدى الى الابرياء من الزوجة والأطفال، ثم ما هو ذنب الزوجة في هـدم كيـان زوجـي هـي عنصر رئيس من عناصره، والضحية الأولى لانهياره ونتائجه السلبية؟.

٣ـ أن ربط الأحكام بأسبابها أصل من الاصول المانوسة في الشريعة الاسلامية، والتطليق سبب للطلاق، ولكن هل السبب هو مجرد إيقاع لفظه مطلقا؟ فان قلنا نعم، لزم القول بوقوع طلاق المجنون، والنائم، والسكران الذي لم يعصي بسكره. والا فان كان إيقـاع اللفظ من العاقل الذي يفهم ما يقول، فان السكران الذي فقـد شـعوره وتمييـزه غـير

[1] ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَقْرَبُوا الصَّلاةَ وَأَنتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ وَلا جُنُباً إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّى تَغْتَسِلُوا وَإِن كُنتُمْ مَرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَفُوّاً غَفُوراً﴾ (النساء:٤٣).

عاقل، فلا يكون إيقاع لفظ الطلاق منه سببا، اذن الحكم الوضعي هنــا هــو طــلاق العاقل لا مطلق الطلاق، فالسكران الذي يدرك ما يقول هو الذي يقع طلاقه.

٤ـ قال عثمان بن عفان ﷺ: (ليس لمجنون ولا سكران طلاق). وقال ابن عباس: طــلاق السكران والمستكره ليس بجائز، ولم يعرف احد من الصحابة خالف عثمــان بــن عفــان وابن عباس في هذا، ولذلك رجع الأمّام احمد الى القول بعدم وقوعه. وذهب الى ذلــك كثير من التابعين[1].

وهو اختيار جعفر الطحاوي، وابن الحسن الكرخي، وزفر من مشايخ الحنيفة، وبــه قــال المزني وابن شريح من فقهاء الشافعية، واقرّه فقهاء الجعفرية والظاهرية. وأحــد قــولي الشافعي (رحمه الله).

حكم طلاق السكران في القانون:

أخذت قوانين الاحوال الشخصية في البلاد الاسلامية برأي من قــال بعــدم وقــوع طــلاق السكران. راجع من هــذه القــوانين القــانون العراقــي (م٣٥)، والســوري (م٨٩)، والأردنــي (م٨٨)، والتونسي (الفصل ٣١) والمغربي (الفصل ٣٩).

[1] ينظر عمدة القارئ شرح صحيح البخاري ٢٥٢/٢٠.

المبحث الثالث

طلاق الغضبان

الغضب: صفة نفسية قائمة بنفس الانسان تترتب عليه آثار قد تكون مشروعة وقد تكون غير مشروعة. فهذه الصفة في حد ذاتها لا تعتبر محرمة، لانها غير اختيارية من جهة، ومن جهة أخرى قد تبعث الغضبان الى الاقدام على عمل ممدوح كالدفاع عن النفس أو العرض أو الكرامة أو المال... لكنه قد تدفعه الى تصرفات مذمومة منها اقدامه على الطلاق دون مبرر.

وقد اختلف الفقهاء في حكم طلاق الغضبان، ومنشأ خلافهم امران رئيسان:

أحدهما: الاختلاف في تفسير قول الرسول ﷺ ((لا طلاق في اغلاق)). فمنهم من فسره بالغضب، ومنهم من قال: الاغلاق الاكراه، ومنهم من ذهب الى غير ذلك[1].

وثانيهما: الاختلاف في اعتبار القصد في الطلاق: فمن ذهب الى اعتباره من عناصر الطلاق قال بعدم وقوع طلاق الغضبان. وقد اختار هذا الاتجاه فقهاء الجعفرية، والظاهرية، وبعض من الحنفية والمالكية والحنابلة. أمّا من قال بانه يكفي لوقوع الطلاق استعمال صيغته الصريحة وان لم يقترن الاستعمال بالنية والقصد كالشافعية وجمهور المالكية فانه يرى وقوع طلاق الغضبان كما يتضح ذلك من التفصيل الآتي:

الحنفية:

والتحقيق عندهم هو أن الغضبان اذا اخرجه غضبه من طبيعته الاعتيادية بحيث يغلب الهذيان على أقواله وافعاله فلا يقع طلاقه[2].

---

[1] لمزيد من التفصيل يراجع: عمدة القاري شرح صحيح البخاري ٢٠/٢٥٠ ـ ٢٥١ عون المعبود على سنن أبي داود ٢/٢٢٤ ـ٢٢٥.

[2] يقول ابن عابدين (٣/٢٤٤): (والذي يظهر لي أن كلا من المدهوش والغضبان لا يلزم فيه أن يكون بحيث لا يعلم ما يقول بل يكتفي فيه بغلبة الهذيان، واختلاط الجد بالهزل كما هو المفتى به في السكران) ويقول ايضا: (والذي ينبغي التعويل عليه في المدهوش ونحوه أناطة الحكم بغلبة الخلل في اقواله وافعاله الخارجة عن عادته. وكذلك يقال فيمن اختل عقله لكبر أو مرض أو لمصيبة فاجأته: فما دام في حالة الخلل في الاقوال والافعال لا تعتبر اقواله، وان كان

المالكية:

يبدو من كلام اكثر فقهاء المالكية أنهم لا يرون تأثير الغضب على صحة طلاق الغضبان مالم يصل الى درجة الشدة، وحتى في هذه الحالة فان عدم الوقوع ليس حكماً متفقا عليه لديهم[1]. ولكن من قال منهم باشتراط القصد والنية مع صيغة الطلاق وان كانت صريحة يلزمه القول بعدم وقوع طلاق الغضبان حيث لا نية ولا قصد له كما في حالة اختلال توازنه وفقد السيطرة على ارادته الى درجة لا يقصد بما يقوله آثاره المترتبة عليه. وقد نسب هذا القول الى الأمّام مالك (رحمه الله).

الشافعية:

يرى فقهاء الشافعية وقوع طلاق الغضبان ايا كانت درجة الغضب استنادا الى قاعدة سد الذرائع التي هي اصل من اصول الفقه الاسلامي من ناحية، ومن ناحية اخرى اتفاقهم على عدم اشتراط النية مع الصيغة الصريحة للطلاق.

والغريب من صاحب التحفة أنه يرى أنعقاد الاجماع السكوتي في عصر الصحابة على وقوع طلاق الغضبان. وهو يستند في ذلك الى ما قال البيهقي من أنه (افتى بوقوع طلاق الغضبان جمع من الصحابة ولا مخالفة لهم)[2]. في حين أن الأمّام الشافعي (رحمه الله) يعتبر ممن فسروا الاغلاق في قول الرسول ﷺ ((لا طلاق في اغلاق)) بالغضب، وسبقه في ذلك كثير من فقهاء الصحابة وائمة المذاهب. يقول ابن قيم تحت عنوان (طلاق الغضبان): وهذا قول علي وابن عباس وغيرهما من الصحابة، وقد فسره الشافعي بالغضب، فهذا مسروق والشافعي واحمد وابو داود والقاضي اسماعيل كلهم فسروا الاغلاق بالغضب، وهو احسن التفسير لان الغضبان قد اغلق عليه باب القصد بشدة غضبه وهو كالمكره بل أولى، لان المكره قصد رفع الشر الكثير بالشر القليل الذي هو دونه)[3].

يعلمها ويريدها لان هذه المعرفة والارادة غير معتبرة لعدم حصولهما على ادراك صحيح، كما لا تعتبر من الصبي العاقل).

[1] يقول الدسوقي (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٣٦٦): (يلزم طلاق الغضبان ولو اشتد غضبه خلافا لبعضهم).

[2] يراجع تحفة المحتاج ٨/٣٢.

[3] لمزيد من التفصيل يراجع اعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٣/٥٢ ـ٥٣.

الحنابلة:

الراجح لدى فقهاء الحنابلة هو عدم وقوع طلاق الغضبان. يقول ابن قـيم: (وأمّـا طـلاق الاغلاق فقد قال الامام احمد في رأوية حنبل: (وحديث عائشة (رضـي الله عنهـا) يقـول لا طلاق ولا عتاق في اغلاق) يعني الغضب. هذا نص احمد، حكاه الخلال وابو بكـر في الشـافي وزاد المسافر، فهذا تفسير احمد)[١].

الجعفرية:

من الطبيعي أن يقول فقهاء الأمامية بعدم وقوع طـلاق الغضـبان مـا دامـوا يعتـبرون قصد ايقاع الطلاق من عناصر وقوعه، فلا طلاق ما لم يكن هناك قصد ونية. ففي مستدرك الوسائل: (يشترط في صـحة الطـلاق القصـد وارادة الطـلاق والا بطـل). وهـم يسـتندون ـ بالاضافة الى ذلك ـ الى نصوص مستفيضة[٢] منها: (لا يقـع الطـلاق بـاكراه ولا اجبـار ولا على سكر ولا على غضب)[٣].

الزيدية:

لم اجد مصدرا يتطرق صراحة لطلاق الغضبان سوى ما ورد في هامش البحر الزخار[٤] من أن قول الرسول ﷺ ((لا طلاق ولا عتاق في اغلاق)) اخرجه ابوداود وقال الاغلاق: الغضب.

الظاهرية:

لا يقع طلاق الغضبان عند فقهاء الظاهرية بناء على اصلهم القائل (لا عمـل الا بنيـة ولا نية الا بعمل).[٥] ومن المعروف أن الظاهريـة يشـترطون لوقـوع الطـلاق اقـتران صـيغته الصريحة بالنية والقصد المنصرف الى حل العصمة. اذاً الغضبان اذا صرفه غضـبه عـن هـذه النية المقترنة لا يحكم بوقوع طلاقه.

---

(١) زاد المعاد ٤٢/٤.

(٢) النصوص المستفيضة عندهم تعني الاحاديث المشهورة. ومن الجدير بالذكر أن الحديث عند الأمامية يشتمل احاديث الرسول ﷺ والائمة المعصومين من آل البيت.

(٣) مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل، المرجع السابق الباب(١١)٣/٤. وفي المختصر النافع (ص٢٢١) : (لا يقع طلاق المجنون أو المكره ولا المغضب مع ارتفاع القصد).

(٤) ١٦٧/٣.

(٥) أنظر المحلى لابن حزم ٢٠٠/١٠ ، ١٠ / ١٨٥ وما بعدها.

الترجيح:

والذي اميل اليه هو الاخذ بالتفصيل الذي قال به الفقيه العظيم ابن قيم الجوزية(رحمه الله) في رسالة طلاق الغضبان حيث قسم الغضب الى ثلاث درجات:

الأولى: هي أن يحصل للانسان مبادئ الغضب بحيث لا يؤثر على عقله، ويعلم ما يقوله ويقصده، ففي هذه الحالة من الغضب تنفذ عبارته ويقع طلاقه بالاجماع.

الثانية: وهي أن تصل درجة الغضب الى قمته بحيث لا يدري ما يقوله ولا يريد ما يحصل. ففي هذه الصورة من الغضب لا ينفذ شيء من تصرفاته القولية بضمنها الطلاق.

الثالثة: هي الدرجة الوسطية بحيث يتجاوز غضبه المرحلة الأولى ولكنه لا يصل الى قمته. فهذه الحالة هي التي تشعبت فيها آراء الفقهاء، وعلى الرغم من هذا فان اكثرهم من أنصار عدم وقوع طلاق الغضبان في هذه الدرجة.

وأهم ما استندوا اليه هو قول الرسول ﷺ :((لا طلاق في اغلاق)) لان الاغلاق سواء فسر بالاكراه ام بالغضب، أم بمعنى آخر فانه في الحقيقة عبارة عما يسد على الشخص باب الادراك والروية والقصد، بحيث لا يدري ما يقول أو يفعل سواء كان السبب هو الغضب، أم الاكراه، أم غيرهما[1]. غير أن السؤال الذي يطرح نفسه على بساط البحث هو أن القاضي أو المفتي كيف يحدد هذه الدرجات للغضب؟ وما هو المعيار لضبط كل درجة؟.

من البدهي: أن مهمة القاضي بالدرجة الأولى هي تكييف القضية المعروضة عليه واستنتاج درجة الغضب من ظروف الواقعة مستعينا ببواعثها وشواهدها... فاذا وصل الى نتيجة تؤيد أن الزوج الغضبان كان وقت الطلاق في حالة اختلط جده بهزله، فله الحق أن يقضي بعدم الوقوع اخذا بما ذهب اليه المحققون من الحنفية، وجميع فقهاء الجعفرية، والظاهرية، وبعض الحنابلة. وان لم يصل الى هذه القناعة فعليه الحكم بالوقوع نظراً الى قيام الخصومة وتعلق حق الغير بالموضوع.

أمّا المفتي فان بإمكانه أن يعتمد على إفادة الزوج والزوجة. فإذا اقتنع بان الزوج لم يكن حال الطلاق متمتعا بالادراك التام، له أن يفتي بعدم الوقوع ديانة وان يحيل الزوج الى ديانته، ويترك الأمر بينه وبين الله. ومن الجدير بالذكر أن المدهوش له حكم الغضبان فيما

---

[1] للاطلاع الكامل على معنى الاغلاق في حديث (لا طلاق في اغلاق) راجع عون المعبود على سنن ابي داود ٢/٢٢٤، ـ٢٢٥.

ذكرنا من التفصيل. والمدهوش: هو الذي لا يدرك ما يقول ولا يقصد مايترتب على تصرفه، بسبب صدمة عصبية أصابته فاذهلته وأفقدته توازنه الفكري، بحيث يغلب على أقواله وأفعاله الخلل والاضطراب.

القانون وطلاق الغضبان:

أخذ قانون الأحوال الشخصية في البلاد العربية والاسلامية بالرأي القائل بعدم وقوع طلاق الغضبان:

العراقي: (لا يقع طلاق من كان فاقد التمييز من غضب أو مصيبة مفاجئة أو كبر أو مرض) (م٣٥ /١).

السوري: (لا يقع طلاق المدهوش وهو الذي يفقد تمييزه من غضب أو غيره فلا يدري ما يقول) (م٨٩).

المغربي: (لا يقع طلاق الغضبان اذا كان مطبقا أو اشتد غضبه).

التونسي: (لا يقع الطلاق الا لدى المحكمة) اذن من الطبيعي أن لا يعترف القانون التونسي بطلاق الغضبان ما دام الامر منوطا بالمحكمة.

المبحث الرابع
طلاق الهازل

الهزل لغة: ضد الجد.

واصطلاحا: هو الكلام الذي لم يُقصد به معناه الحقيقي أو المجازي[1].

والمقصود منه هنا هو استعمال صيغة الطلاق هازلا من غير قصد فك العصمة[2].

واختلف الفقهاء في حكم طلاق الهازل، وسببه اختلافهم في اعتبار عنصر النية والقصد مع الصيغة من جهة، وفي حديث ((ثلاث جدهن جد...)) من جهة اخرى وسنوضح ذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول
القول بوقوع طلاق الهازل

وقوع طلاق الهازل هو مذهب الحنيفة، والمالكية ـ باستثناء رواية عن مالك والشافعية، والحنابلة، وجمهور الزيدية، والاباضية، على التفصيل الآتي:

الحنفية:

قالوا: يقع طلاق الهازل قضاء وديانة لان الشارع جعل هزله جدا ولانه مكابر باللفظ فيستحق التغليظ.

يقول الكاساني[3]: (وكونه جادا ليس شرطا عندنا فيقع طلاق الهازل واللاعب لقول النبي محمد ﷺ: ((ثلاث جدهن جد وهزلهن جد. النكاح والطلاق والعتق))[1].

---

[1] في حاشية عين المعبود(٢/٢٢٥) : (الهزل أن يراد بالشيء غير ما وضع له بغير مناسبة بينهما والجد يراد به ما وضع له، وما صلح له اللفظ مجازا)

[2] شرح الخرشي٤/٣٢.

[3] بدائع الصنائع للكاساني ٤/١٧٩٢.

ويقول السمر قندي: (وعلى هذا طلاق الهازل وطلاق الخاطئ، واقع)[2]. ويقول ابن الهمام: (الهازل مختار في التكلم بالطلاق غير راض بحكمه فيقع طلاقه)[3].

المالكية:

في قولهم بوقوع طلاق الهازل استدلوا بالحديث المذكور. يقول الدردير: ولزم الطلاق أن هزل بإيقاعه اتفاقا لخبر الترمذي: ((ثلاث هزلن جد النكاح والطلاق والرجعة))[4].

وفي رواية غير مشهورة للأمام مالك أن طلاق الهازل لا يقع، ولعل هذا مبني على ما روي عنه من أن صريح الطلاق لا يقع به الطلاق ما لم يقترن بالنية. ومن البديهي: أن الهازل لا نية له[5].

الشافعية:

يـرى فقهـاء الشـافعية أن عبـارة الهـازل معتـبرة في جميـع التصـرفات مـن العقـود والاسقاطات، لانهم يرتبون الحكم على الارادة الظاهرة وان اختلفت مع الارادة الباطنة. ففي الانوار: (ولو هزل بالطلاق أو العتق نفذ ظاهرا وباطنا ولا تدين، وان ظن أنه لا يقع، وكـذا البيع وسائر التصرفات)[6].

الزيدية:

قال جمهورهم بوقوع طلاق الهازل للحديث المذكور، ولان الهازل يستهزئ بأحكام الله[7].

---

[1] عن ابي هريرة ﷺ (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة) رواه الاربعة الا النسائي وصححه الحاكم وفي رواية لابن عدي في وجه اخر ضعيف (الطلاق والعتاق والنكاح) سبل السلام ٣/٢٣١.

[2] تحفة الفقهاء للسمر قندي ٢/٢٩٤.

[3] شرح فتح القدير ٣/٣٩.

[4] شرح الخرشي ٤/٣٢.

[5] يقول الاستاذ سلام مدكور (الاسرة في الاسلام ٢/٦٦): (يرى بعض المالكية أن عبارة الهازل ملغاة لا اعتبار لها ولا يترتب عليها اي اثر بالنسبة لجميع العقود والتصرفات بما في ذلك الطلاق لانعدام القصد والنية لانها شرط عند هؤلاء اذ يقول الله (وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ).

[6] الانوار للاردبيلي ٢/١٦٩. مغني المحتاج ٣/٢٨٨.

[7] البحر الزخار ٣/١٦٧ وفيه (يصح طلاق الهازل للخبر).

ولكن ذهب بعضهم الى عدم وقوعه لتخلف عنصر العزم[1].

حيث علل صاحب روض النضير الحكم بالوقوع بان الهازل يستهزيء باحكام الله وقد قال تعالى: ((وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا))[2]. وبانه يؤخذ من حديث: ((ثلاث جدهن جد وهزلهن جد)) أن الصريح لا يحتاج الى النية[3].

ومن قال منهم بوقوع طلاق الهازل قال أن عموم ((انما الاعمال بالنيات)) يخصصه حديث ((ثلاث جدهن جد وهزلهن جد))[4].

وبالاضافة الى ذلك قالوا: أن الصريح لا يحتاج الى النية[5].

الأباضية:

يرى فقهاء الاباضية التسوية بين الهزل والجد في الطلاق ما دام الهازل ناطقا بالصيغة الصريحة، ففي جوهر النظام[6].

والجد والهزل سواء ههنا وكان بالصريح نطقا اهلنا

ويؤخذ من هذا الاستعراض لاقوال الفقهاء القائلين بوقوع طلاق الهازل أن اهم ما استندوا اليه هو ما يلي:

---

(١) سبل السلام ٢٣١/٣ وفيه: (وذهب احمد والناصر والصادق والباقر الى أنه لا بد من النية لعموم حديث (الاعمال بالنيات).

(٢) ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ (البقرة:٢٣١).

(٣) روض النضير ١٣٩/٤.

(٤) سبل السلام ٢٣١/٣.

(٥) التاج المذهب (١١٩/٢) وفيه: (ويقع الطلاق بقصد اللفظ مع علمه بان هذا اللفظ موضوع للطلاق وان لم يقصد معناه، ويدخل في ذلك الهازل والممازح فيقع طلاق كل منهما اذا هزلا أو مازحا بالصريح). وفيه ايضا (١٢١/٢): (وانما قلنا بوقوع طلاق الهازل لان الصريح عندنا لا يفتقر الى قصد معناه). ويقول الشوكاني (الدراري البهية ٦٩/٢): (والطلاق جائز من كل مكلف مختار ولو هازلا للحديث ثلاث جدهن جد...).

(٦) ٢١٩/٢.

١- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُواً﴾ والهازل يقع طلاقه عقابا وتغليظا عليه لانه يستخف بآيات الله واحكامه[1].

٢- قول النبي ﷺ: ((ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة))[2].

٣- مباشرة الأسباب من كسب الانسان المختار، وترتب الآثار عليها بحكم من الشارع، والهازل باشر السبب (استعمال الصيغة) فيكفي ذلك لترتب الاثر (وقوع الطلاق) وان لم يقصده.

٤- صريح الطلاق لا يحتاج الى النية.

مناقشة هذه الأدلة:

١- الاية لا يفهم منها سوى النهي عن الهزل في الاحكام الالهية وهي ليست نصا في أن الهازل اذا باشر السبب يترتب عليه الاثر.

٢- الحديث طعن فيه المحدثون، وقد قال الترمذي في اسناده عبد الرحمن بن ازدك بن حبيب وهو مختلف فيه ومنكر الحديث[3].

٣- مباشرة السبب يترتب عليه الأثر اذا اراد المباشر ذلك، والا للزم القول بوقوع طلاق الصبي والمجنون اذا باشر صيغة الطلاق.

٤- القول بان الصريح لا يحتاج الى النية مختلف فيه فلا يصح حجة.

---

(1) عون المعبود على سنن ابي داود ٢/٢٢٥.

(2) عمدة القاري شرح صحيح البخاري ٢٥١/٢.

(3) عمدة القاري المرجع السابق. المحلى (٢٤٠/١٠) وفيه الحديث موضوع. الدراري البهية (٦٩/٢) وفيه (في اسناده عبد الرحمن وهو مختلف فيه).

الفرع الثاني
القول بعدم وقوع طلاق الهازل

عدم وقوع طلاق الهازل مذهب الجعفرية، والظاهرية، ورواية للأمّام مالك، وقول لـبعض فقهاء الزيدية على التفصيل الآتي:

الجعفرية:

قالوا بعدم وقوع طلاق الهازل لعدم صحة حديث (ثلاث جدهن جد...)[1] ولان النية شرط صحة الطلاق عندهم[2].

الزيدية:

ذهب بعض فقهائهم ومنهم الباقر والصادق والناصر ـ الى عدم وقوع طلاق الهازل لانه لا عزم له والله يقول: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾[3].

الظاهرية:

قالوا يجب القصد والنية في الطلاق والهازل لا نية له. ولا يصح الاستدلال بحديث ((ثلاث جدهن جد...)) لانه موضوع[4].

المالكية:

يقول الخرشي: (ان لمالك روايتين ففي روايته المشهورة يقع)[5].

اي أن طلاق الهازل لا يقع عند الأمّام مالك في روايته غير المشهورة.

ويتبين مما ذكرنا أن اهم ما تمسك به القائلون بعدم وقوع طلاق الهازل هو ما يلي:

---

[1] وفي جواهر الكلام (كتاب الطلاق): (ولم يثبت الخبر عندنا بل من المقطوع به خلافه).

[2] في شرائع الاسلام (٢/٥٣)، وفي مستدرك الوسائل باب (١١) ٣/٤: (يشترط في صحة الطلاق القصد وارادة الطلاق والا بطل).

[3] سبل السلام ٣/٢٣١. المنتزع المختار ٢/٣٨٣ الروض النضير.

[4] المحلى (٢٠٤/١٠) وفيه (واحتجوا ايضا بآثار منها (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة) وهي اخبار موضوعة.

[5] شرح الخرشي ٣٢/٤.

١ـ قوله تعالى ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾، والهازل لا عزم له.
٢ـ قول الرسول ﷺ ((انما الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ)) والهازل لا نية له.
٣ـ المفروض أن اللفظ يعبر عن الارادة الباطنة وعن قصد المتكلم، فطلاق الهازل لا يعبر عن قصده حل العصمة.

مناقشة هذه الأدلة:

١ـ الآية تخص حكم طلاق المولي فلا يستدل بها على عدم وقوع طلاق الهازل.
٢ـ الحديث عام يُخصصه حديث (ثلاث جدّهنّ جد...)، لان هذا الحديث وان ناقشناه في الفرع السابق وأوردنا أوجه الضعف فيه، الا أنه روي بأسانيد مختلفة وبروايات متعددة[1] فأصبح مشهورا وتلقته الأمة بالقبول.
ثم أن من قال بوقوع طلاق الهازل استند الى اعتبار الوقوع زجرا أو عقوبة، استثناء من قاعدة ((انما الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ)) لقوله تعالى ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُواً﴾، وعلى هذا الأساس يصرف النظر عن نيته وقصده.
٣ـ على القاضي أن يحكم بالظاهر وليس ملزما بالدخول في أعماق القلوب حتى يتبين له مطابقة الارادة الظاهرة للباطنة أو عدمها.

الترجيح:

الرأي المتعين بالأخذ به هو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من أن الهازل اذا أتى بالصيغة الصريحة يقع طلاقه للأوجه الآتية:
١ـ الهازل باشر السبب وهو بالغ عاقل مختار وهزله ليس من الاعذار التي تُعطل الأسباب فتختلف بها الاحكام، وليس من الموانع التي توجب تطبيق قاعدة (اذا اجتمع المانع والمقتضي يقدم المانع).

---

[1] منها رواية فضالة بن عبيد عن الطبراني مرفوعا (ثلاث لا يجوز فيهن اللعب الطلاق والنكاح والعتاق). ينظر الدراري البهية للشوكاني ٦/٧٠.

٢ـ لا يجوز قياس الهزل على الكره والسكر ونحوهما، لان الهازل يقصد اللفظ والمعنى قصدا هزليا، وهو بالغ عاقل مختار ولا يصرفه عن معناه اكراه ولا خطأ ولا نسيان ولا جهل...

٣ـ في القول بوقوع طلاق الهازل سدّ الباب بوجه ذوي النفوس المريضة ممن يتلاعبون باحكام الله، وفيه ضمان احترام رابطة الزوجية.

٤ـ اللعب والهزل والمزاح في حقوق الله غير جائز، فيكون جد القول وهزله سواء، لذا اعتبر الشارع الناطق بالكفر هزلا كافرا، كما يقول سبحانه وتعالى: ﴿وَلَئِنْ سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ انمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ قُلْ أَبِاللَّهِ وَآيَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنْتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ. لا تَعْتَذِرُوا قَدْ كَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ﴾[1].

ويقاس على ذلك نطقه بالطلاق هزلا لان فيه حقا لله حيث يوجب تحريم تمتع كل من الزوجين بالآخر على وجه لا يمكن استباحته. ولكن ارى أن يكون هذا الحكم بالنسبة الى القضاء فقط، اي يحكم بوقوع طلاقه قضاء.. أمّا ديانة فيترك امره بينه وبين الله . وفي ذلك تقريب بين وجهة نظر فقهاء المسلمين[2].

---

[1] (وَلَئِنْ سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ انمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ قُلْ أَبِاللَّهِ وَآيَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنْتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ* لا تَعْتَذِرُوا قَدْ كَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ أن نَعْفُ عَنْ طَائِفَةٍ مِنْكُمْ نُعَذِّبْ طَائِفَةً بِانهُمْ كَانُوا مُجْرِمِينَ) (التوبة: ٦٥، ٦٦).

[2] بان يحمل قول الجمهور على الوقوع قضاء، وقول غيرهم على عدم الوقوع ديانة.

المبحث الخامس

طلاق المخطئ والساهي

المخطئ هو الذي يريد بكلامه غير الطلاق، لكن يسبق اليه لسانه، فبدلا من أن يقول ـ مثلا ـ (انت لطيفة) يجري على لسانه (انت مطلقة). والفرق بين الهازل والمخطئ، أن الأول يقصد اللفظ (صيغة الطلاق) دون أثره وأمّا الثاني فهو لا يقصد اللفظ ولا أثره.

اختلف فقهاء الشريعة في حكم طلاق المخطئ، على ثلاثة اقوال:

(يقع قضاء لا ديانه، لا يقع قضاء ولا ديانه، يقع قضاء وديانه).

ومنشأ خلافهم اختلافهم في ترجيح احدى الارادتين (الظاهرة والباطنة) على الأخرى.

ولكن على الرغم من هذا الخلاف فان الرأي السائد لدى الفقهاء، هو الاخذ بالارادة الظاهرة قضاءً، وبالارادة الباطنة ديانةً، ولزيادة الايضاح نستعرض هذه الآراء في فروع ثلاثة.

الفرع الأول

طلاق المخطئ يقع قضاء لا ديانة

استقر على هذا الحكم رأي جمهور فقهاء المسلمين لانه يوفق بين الحق الخاص (حق العبد)، والحق العام (حق الله) في هذه القضية، وممن اخذ بهذا الاتجاه: فقهاء الحنفية، والمالكية، والشافعية، والزيدية، ورواية من الحنابلة، كما في التفصيل الآتي:

الحنفية:

علل فقهاء الحنفية قولهم بوقوع الطلاق قضاء بأدلة أهمها:

١ـ أن القصد ليس شرطا في صحة الطلاق ما دام المطلق يستعمل صيغته الصريحة.

٢ـ أن الخطأ امر باطن لا يعرف الا من قبل صاحبه، وهو قد يدعي كذبا أنه طلق خطأ وفي ذلك احلال لما حرمه الله.

٣ـ الاصل في الانسان البالغ العاقل المختار هو عدم الخطأ، ويكفي ذلك ليكون حجة على صحة الفاظه.

يقول الكاساني: (وكونه عامداً ليس شرطا لوقوع الطلاق حتى يقع طلاق الخاطيء، لان الفائت بالخطأ ليس الا القصد، وانه ليس بشرط لوقوع الطلاق كالهازل واللاعب بالطلاق)[١].

ويقول الملا خسرو: (ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ ولو كان ساهيا)[٢].

ويقول ابن عابدين: (لو اراد أن يقول سبحان الله فجرى على لسانه أنت طالق تطلق، لانه صريح لا يحتاج الى النية لكن في القضاء)[٣].

اي يقع في القضاء فقط لا في الفتوى، فيجوز للمفتي أن يفتي بعدم الوقوع بناء على ما ادعاه واحالته الى ديانته.

المالكية:

يقع عندهم قضاء لا ديانه ما لم يثبت سبق لسانه أو عدم قصده، فاذا ثبت ذلك يجوز للقاضي أن يحكم بعدم الوقوع كما للمفتي أن يفتي بذلك.

يقول الدردير: (ان قصد التكلم بغير لفظ الطلاق فزل لسانه وان لم يثبت، قبل في الفتوى دون القضاء)[٤].

ويقول الخرشي: (من أراد أن يتكلم بغير الطلاق فالتوى لسانه فتكلم بالطلاق فلا شيء عليه في الفتوى، ويلزمه في القضاء)[٥].

وبالمقارنة بين مفهوم مخالفة كلام الدردير (وان لم يثبت)، وبين منطوق كلام الخرشي: (وان ثبت سبق لسانه)، يتبين لنا أن رأي فقهاء المالكية قد استقر على أن المخطيء اذا استطاع أن يثبت أمام القضاء سبق لسانه وخطأه، فعلى القاضي أن يحكم بعدم الوقوع.

---

[١] بدائع الصنائع للكاساني ١٧٩٣/٤.

[٢] درر الحكام شرح غرر الأحكام ٣٦٠/١.

[٣] حاشية ابن عابدين ٥٨٤/٢.

[٤] الشرح الكبير للدردير ٣٦٦/٢. الشرح الصغير ٤١٨/١.

[٥] شرح الخرشي لابي عبدالله محمد الخرشي على مختصر خليل لابي ضياء سيدي خليل ٣٣/٤.

الشافعية:

قالوا: اذا لم تدل قرينة على صدقه وقع قضاءً، لان المفروض في العاقل أنه لا يتكلم بكلام دون قصد.

يقول الخطيب الشربيني: (ولا يصدق ظاهراً في دعواه سبق لسانه بالطلاق الا بقرينة لتعلق حق الغير، ولان الظاهر الغالب أن البالغ العاقل لا يتكلم بكلام لا يقصده)[1].

الزيدية:

يتفق فقهاء الزيدية مع الجمهور في أن على القاضي أن يحكم بوقوع طلاق المخطئ ما لم تقم قرينة تؤيد صدق دعواه في الخطأ، يقول الصنعاني: (ولا يقبل قوله أنه سبق لسانه الا اذا كان المقام يحتمل ذلك بقرينة)[2].

الفرع الثاني
لا يقع طلاق المخطئ لا قضاء ولا ديانة

وهذا الحكم هو مذهب الجعفرية، والظاهرية، والأباضية ورواية للحنابلة.

الجعفرية:

قالوا: لا يقع قضاء ولا ديانة لان القصد من شروط صحة الطلاق، وقد أكّدوا ذلك في جميع المراجع الفقهية الجعفرية، منها ما جاء في إيضاح الفوائد[3] من أنه: (يشترط في المطلق القصد فلا يقع طلاق الساهي والغافل والغالط وتارك النية وان نطق بالصريح، ومن سبق لسانه من غير قصد).

---

[1] مغني المحتاج للشيخ محمد الخطيب الشربيني ٢٨٧/٣. وورد نفس الحكم في نهاية المحتاج ٨٢/٦ . وفي الانوار ١٩٦/٢.

[2] التاج المذهب لاحكام المذهب للعلامة احمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني ١٢٠/٢ وورد مثل ذلك في البحر الزخار ١٦٧/٣،هامش المنتزع المختار ٣٨٢/٢.

[3] ٢٩٢/٣. الروضة البهية ١٤٨/٢. والكافي ٦٢/٦.

الظاهرية:

استدلوا على عدم الوقوع قضاء وديانة بأدلة أهمها:

١- قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾[1].
والمخطئ ليس متعمدا في ايقاع الطلاق.

٢- قول الرسول ﷺ ﴿انما الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَانَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى﴾. والمخطئ لا ينوي الطلاق[2].

٣- قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعدم وقوع طلاق المخطئ[3].

الأباضية:

في ظاهر كلام الاباضية أن الخطأ في شخص الزوجة لا يؤثر في صحة الطلاق بخلاف الصيغة، فان الخطأ فيها يستوجب عدم وقوع الطلاق قضاء وديانة. حيث ورد في جوهر النظام[4]:

والجد والهزل سواء ههنا	وكان بالصريح نطقا اعلنا
ومثله مـن أيقظته خدينته	بذلك ظن أن تلك الزوجـة
فقـال أنت طالق فتطلق	زوجـة للقصد فيما ينطق
وليس كالوهم ولا كالغلط	فانـه المرفوع دون شطط

الحنابلة:

وفي رواية للأمام احمد تقبل دعواه في الحكم الا في حالة الغضب أو سؤالها الطلاق[5].
اي لا يشترط لقبول دعواه الخطأ أمام القاضي وجود قرينة تؤيده، وانما يشترط عدم وجود دليل يعارضه كحالة الغضب، وسوء التفاهم مع الزوجة، أو سؤالها الطلاق.

---

[1] (ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُوراً رَحِيماً) (الأحزاب:٥).

[2] العسقلاني ١٤٤/٨.

[3] المحلى ٢٠٠/١٠.

[4] ٢١٩/٢.

[5] الانصاف ٤٦٦/٨، المغني والشرح الكبير ٢٦٤/٨.

الفرع الثالث
يقع قضاءً وديانةً

هذا الرأي المتطرف هو رواية من الروايات الثلاث من مذهب الحنابلة والتي تعتبر المخطئ كالهازل فيقع طلاقه في القضاء، وفي الفتوى، وان وجدت قرينة تدل على صدق دعواه الخطأ، بان يكون اسم زوجته طاهرة فسبق لسانه فقال لها طالقة وهو يريد خطابها باسمها.

في الانصاف: (وان اراد أن يقول طاهر فسبق لسانه، أو اراد أن يقول مطلقة من زوج سابق كان قبله لم تُطلق، وان ادعى ذلك دُين. والصحيح هو المذهب وعليه الاصحاب. وعنه (اي عن الأمَام احمد) لا يدين[1] حكاها ابن عقيل في بعض كتبه، والحلواني كالهازل على اصح الروايتين)[2].

فهذه الرواية عن الأمَام احمد التي حكاها ابـن عقيـل والحلـواني والـتي تعتـبر المخطـئ كالهازل رواية بعيدة وخارجة عن المنطق السليم للشريعة الاسلامية، وتعتبر تطرفـا لا يتفـق والمكانة الفقهية لأمَام عظيم مثل احمد بن حنبل (رحمه الله). ولعلها استحدثت باسمه.

الاستنتاج والترجيح:

أولا ـ يستنتج من هذا الاستعراض لأقوال فقهاء المسلمين بصدد حكم طلاق المخطئ ما يلي:

١ـ أن الخلاف أنما هو من زوج مخطيء استعمل الصيغة الصريحة في الطلاق.
أمّا اذا كانت الصيغة من الكنايات فانه لا يمكن الحكم بوقوع طلاقه بالاجماع لان الكناية لا يقع بها الطلاق الا مع النية وهي لا تعرف الا من المطلّق الذي يدّعي الخطأ في استعمال الصيغة وهو ينكر ذلك.

٢ـ أن الأصل على القول الأول هو وقوع طلاق المخطئ ما لم يقم دليل يثبت خلاف هذا الأصل، لانه بالغ عاقل مختار استعمل الصيغة الصريحة في الطلاق.

---

[1] اي حتى مع وجود قرينة تؤيد دعواه الخطأ أمّام القضاء أو لدى المفتي.

[2] الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الأمّام احمد ٤٦٥/٨.

٣ـ أن الأصل في القول الثاني هو عدم وقوع طلاق المخطىء ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، لانه يدعي بقاء الزواج وهو اصل، والطلاق حكم عارض، فاذا ثبت حكم شرعي فعلى القاضي أن يحكم ببقائه استصحابا الى أن يثبت دليل على خلاف ذلك.

٤ـ أن العمل بالقول الثالث ترفضه الشريعة الاسلامية السمحاء التي تنادي بقوله تعالى ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[1].

ثانيا ـ الرأي الراجح من وجهة نظري هو ما ذهب اليه جمهور فقهاء المسلمين من أن طلاق المخطىء لا يقع ديانة[2].

وأمّا قضاء فان للقاضي أن يحكم بعدم الوقوع ايضا اذا ثبت لديه قرينة تصدق دعواه وذلك للاسباب الآتية:

١ـ لان النبي ﷺ قال: ((ان الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه))[3]. اي أن الله رفع الحكم عن التصرف القولي الذي يصدر عن الانسان خطأ او نسيانا أو كرها.

أمّا في تصرفاته الفعلية التي يترتب عليها الضرر اللاحق بالغير، فانه يسأل عنها مدنيا (عن التعويض)، ولا يسأل جنائيا عن العقاب، لان الأول مبني على أساس الضرر، والثاني يبنى على توفر القصد الجنائي وهو مفقود في الحالات الثلاث المذكرة.

٢ـ ولان الطلاق يعتبر الوسيلة الأخيرة يلجأ إليها لحل المشاكل العائلية بين الزوجين بعد نفاذ كافة الوسائل الأخرى. اذن هو شرع للحاجة والضرورة، وبذلك يتطلب القصد اليه لسد الحاجة ورفع الضرر[4].

---

[1] ﴿وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ هُوَ سَمَّاكُمُ الْمُسْلِمِينَ مِنْ قَبْلُ وَفِي هَذَا لِيَكُونَ الرَّسُولُ شَهِيداً عَلَيْكُمْ وَتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ فَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَاعْتَصِمُوا بِاللَّهِ هُوَ مَوْلَاكُمْ فَنِعْمَ الْمَوْلَى وَنِعْمَ النَّصِيرُ﴾ (الحج:٧٨).

[2] اي ما لم تتقدم قرينة ضده.

[3] سنن ابن ماجه ٣٢٢/١. وفي رواية اخرى رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه. وفي رواية: أن الله وضع عن امتي الى آخره.

[4] قال ابن عباس الطلاق عن وطر أي حاجة. القسطلاني ١٤٥/٨.

٣ـ ولان الخطأ باطني لا يعرف الا من جهة صاحبه، وقد يدعي بانه لم يقصد الطلاق بل سبق لسانه اليه خطأ، وهو كاذب في دعواه، فيكون في الاخذ بما يدّعيه والحكم به من قبل القاضي إحلال لما حرمه الله

فمن الضروري أن توجد قرينة تدل على صدق دعواه حتى يحكم القاضي بمقتضاها.

٤ـ ولان الظاهر الغالب أن البالغ العاقل لا يتكلم بكلام لا يقصده.

ومن الجدير بالذكر من قبيل المخطئ في عدم وقوع طلاقه من لقن بصيغة الطلاق فنطق بها وهو لا يعرف معناها فلا يقع طلاقه لانه وان قصد النطق بها الا أنه لا يعني مدلولها ولا ما تستعمل فيه، فكانت لغوا.

المبحث السادس

طلاق الصبي

الصبي أمّا مميز أو غير مميز. وقد أجمع فقهاء المسلمين على أن حكم الصبي غير المميز حكم المجنون فيما عليه من التصرفات القولية والفعلية، وانه محجور عليه لذاته، وبناء على ذلك لا يقع طلاقه باتفاق الكل.

أمّا طلاق الصبي المميز فقد اختلف في صحته الفقهاء على قولين:

الأول ـ وهو رأي الاكثرية ـ لا يصح طلاقه. واليه ذهب الحنفية، والمالكية في المشهور، والشافعية، والحنابلة في رواية، والجعفرية في الأشهر والأظهر، والزيدية والظاهرية.

والثاني ـ هو ما اختاره بعض الفقهاء ـ يصح طلاقه اذا ناهز الاحتلام وعلم أن الطلاق يعني أنهاء رابطة الزوجية. وهو قول غير مشهور للمالكية، ورواية مشهورة للحنابلة، واحدى روايات الجعفرية، وبه قال الزيدية ديانة لا قضاء.

ونوزّع وجهة نظر الفريقين على الفرعين التاليين.

الفرع الأول

القول بعدم صحة طلاق الصبي المميّز

القول بعدم صحة طلاق الصبي المميّز هو ما استقر عليه رأي الجمهور، لان الطلاق أن لم يكن تصرفا ضارا ضررا محضا، فانه لا يمكن بأي حال من الأحوال اعتباره نافعا نفعا محضا، ولذا لا يعتبر صحيحا كما في الايضاح الآتي:

الحنفية:

قالوا: لا يقع طلاق الصبي وان كان مراهقا، لان من باب كليات الشريعة الاسلامية أن تصرفات القاصر (غير البالغ)[1] الضارة ضررا محضا، باطلة، وان نفاذ تصرفاته الدائرة

[1] الانسان منذ تكونه وهو جنين في بطن أمّه الى وفاته يمرّ بالمراحل الآتية:

بين النفع والضرر يتوقف على اجازة من له حق الاجازة، بان يكون من يحق له مباشرة العمل بنفسه، وحيث أن الولي أو الوصي ليس له حق التطليق مباشرة، فانه لا يملك حق الاجازة فيه ايضا .

وبناء على ذلك يعتبر طلاق الصبي قبل بلوغه باطلا وان اجازه بعد البلوغ أو أجازه الولي.

يقول السرخسي: (وخلع الصبي وطلاقه باطل ليس له قصد معتبر شرعا، خصوصا فيما يضره)[1].

ويقول ابن الهمام: (ولا يقع طلاق الصبي وان كان يعقل)[2].

وفي تنوير الابصار وشرحه: (لا يقع طلاق الصبي ولو مراهقا أو اجازه بعد البلوغ، لان حين وقوعه وقع باطلا والباطل لا يجاز)[3].

المالكية:

المشهور عن الأمّام مالك أن الصبي لا ينفذ طلاقه حتى يبلغ وبه اخذ اصحابه[4].

أ ـ أهلية الوجوب الناقصة: وهي صلاحية الانسان لان تكون له حقوق فقط كالارث والوقف والوصية حيث تثبت هذه الحقوق للجنين وتستقر ملكيتها له بعد ولادته حيًا. وأساسها كونه أنسانًا.

ب ـ أهلية الوجوب الكاملة: وهي الصلاحية للحقوق وبعض الالتزامات المالية خلال الفترة الواقعة بين الولادة وسن التمييز، فله الحقوق وعليه بعض الالتزامات المالية كالنفقة والزكاة. وأساسها الذمة المالية.

ج ـ أهلية الأداء الناقصة: وهي الصلاحية للقيام ببعض التصرفات كالتصرفات النافعة نفعا محضا بدون اذن الولي أو القاضي مثل قبول الهدية والوصية... وكالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر بعد الإذن مثل البيع والشراء وأساسها هو التمييز.

د ـ أهلية الاداء الكاملة: وهي الصلاحية لكافة التصرفات القولية والفعلية المالية وغير المالية بعد دخول سن الرشد اذا لم يكن هناك عارض من عوارض الاهلية.

[1] المبسوط للسرخسي ١٧٨/٦.

[2] شرح فتح القدير لابن همام ٤٧٨/٣.

[3] تنوير الابصار وشرحه الدر المختار مع حاشية ابن عابدين رد المحتار ٢٤٣/٣.

[4] شرح الخرشي ٣١/٤.

الشافعية:

البلوغ والعقل عندهم من شروط صحة الطلاق قولا واحدا ـ حسب ما أعلم ـ ففي الانوار: (لا يقع طلاق الصبـي منجزا أو معلّقا على ما بعد البلوغ ولو كان مراهقا)[1]. وفي الوجيز: (المطلّق هو كل مكلف ولا ينفذ طلاق الصبـي)[2].

الحنابلة:

الرواية المشهورة عن الأمام احمد أن طلاق غير البالغ لا يقع[3].

الجعفرية:

في اشهر رواياتهم واظهرها لا يصح طلاق الصبي المميز، وعليه كافة المتأخرين من فقهائهم، ففي الروضة البهية: (فلا يصح طلاق الصبـي وان اذن له الولي، أو بلغ عشراً على أصحّ القولين)[4]. وفي المختصر النافع: (الركن الأول المطلق، ويعتبر فيه البلوغ والعقل والاختيار والقصد)[5].

الزيدية:

لفقهاء الزيدية رأيان احدهما لا يصح ولو كان مميزا أو اذن وليه. ففي التاج المذهب: (فلا يصح من الصبـي ولو مميزا، ولو اذن وليه في ذلك)[6].

وفي البحر الزخار: (ولا يصح من الصبـي اذا رفع القلم عنه فلا حكم لعقوده)[7].

الظاهرية:

لا طلاق للصبـي عند الظاهرية لانه لا زواج له. فهم يقولون لا يجوز للأب ولالغيره أنكاح الصغير الذكر حتى يبلغ، فان فعل فهو مفسوخ[8].

---

(1) الانوار للاردبيلي ٢/٩٣.
(2) الوجيز للغزالي ٢/٥٣. ومثله نهاية المحتاج ٦/١١٤.
(3) المغني والشرح الكبير ٨/٢٥٧. الانصاف ٨/٤٣١ وما بعدها.
(4) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٢/١٤٨.
(5) المختصر النافع ص٢٢١.
(6) التاج المذهب ٢/١١٩.
(7) البحر الزخار ٣/١٦٥.
(8) المحلى لابن حزم الظاهري ٩/٤٦٢.

واعتبر قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل[1] البلوغ شرطاً للزوم الزواج لا لصحته.

ويبدوا لنا من هذا الاستعراض أن أهم أدلة الجمهور على عـدم صـحة طـلاق الصبـي المميز هو أن الطلاق تصرف خطر لا يُقدَم عليه الا لضرورة، ثم اذا لم تنفذ تصرفاته الـدائرة بين النفع والضرر فمن باب أولى لا يصح طلاقه. وإجازة الولي لا تأثير لها، لانه لـيس اهـلا لها حيث لا يستطيع مباشرة التكليف بنفسه عند جمهور فقهاء المسلمين.

الفرع الثاني

القول بصحة طلاق الصبي

هذا الاتجاه كما ذكرنا هو قول غير مشهور للمالكية، ورواية مشهورة للحنابلة واحدى أراء الجعفرية، وقال به الزيدية ديانة لا حكماً:

المالكية:

يصح طلاق الصبـي اذا كان مناهزا للإحتلام على القول غير المشهور عن الأمّام مالك (رحمه الله). ففي بداية المجتهد: (وأمّا طلاق الصبـي فان المشهور عن مالك أنه لا يلزم حتى يبلغ . وقال في مختصر ما ليس في المختصر أنه يلزم اذا ناهز الاحتلام)[2].

الحنابلة:

المشهور عندهم هو أن الصبـي الذي يعقل الطلاق ويعلم أن زوجته تبين وتحرم عليه، ينفذ طلاقه، ويعتبر هذا من اكثر الروايات عن الأمّام احمد واختاره ابو بكر والخرقي وابن حامد وغيرهم من أصحابه[3].

وقال المرداوي: (هو الصحيح في المذهب وعليه جماهير الأصحاب وهو المنصوص عن الأمّام أحمد)[4].

---

[1] حددت المادة (٧) اهلية الزواج بالعقل واكمال الثامنة عشرة. وأجازت المادة (٨) لمن اكمل الخامسة عشرة استثناء.

[2] بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢/٦٧.

[3] الميزان الكبرى للشعراني ٢/١٠٤. ابن عابدين المرجع السابق ٣/٢٤٣.

[4] الانصاف للعلامة المرداوي ٨/٣١ فما بعدها.

واستدلوا على هذا الاختيار بأدلة اهمها ما يلي:

١ـ عموم قول النبـي ﷺ: ((انما الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ))[1] حيث يشمل الصبـي الذي يفهم الطلاق.

٢ـ عدم استثناء الصبـي من قول الرسول ﷺ: ((كُلُّ طَلَاقٍ جَائِزٌ إلا طَلَاقَ الْمَعْتُوهِ الْمَغْلُوبِ عَلَى عَقْلِهِ))[2] .

٣ـ قول علي بن ابي طالب ﷺ: (اكتموا الصبيان النكاح) أي: حتى لا يطلّق الصبـي بعد علمه بالزواج.

٤ـ ولانه طلاق من عاقل صادف محله كطلاق البالغ، وقد اختار هذا الرأي سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبي واسحاق وغيرهم.

الجعفرية:

لفقهاء الجعفرية راي غير مشهور بجواز طلاق الصبـي اذا بلغ عشر سنين فما فوق. ففي مستدرك الوسائل: (يشترط في صحة الطلاق البلوغ فلا يصح طلاق الصبـي الا اذا بلغ عشر سنين)[3].

وفي ايضاح الفوائد: (فلا يصح طلاق الصبـي وان كان مميزا ولو بلغ عشرا الا على رواية ضعيفة)[4].

الزيدية:

ذهب بعض فقهاء الزيدية الى جواز طلاق الصبـي اذا اكمل الثانية عشرة من العمر فحينئذ يقع ديانة لا قضاء، أي ليس للقاضي أن يحكم بوقوعه ولكنه يقع بينه وبين الله[5].

---

[1] (عَنْ عِكْرِمَةَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ أَتَى النبـي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَجُلٌ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ أن سَيِّدِي زَوَّجَنِي أَمَتَهُ وَهُوَ يُرِيدُ أن يُفَرِّقَ بَيْنِي وَبَيْنَهَا قَالَ فَصَعِدَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْمِنْبَرَ فَقَالَ يَا أَيُّهَا النَّاسُ مَا بَالُ أَحَدِكُمْ يُزَوِّجُ عَبْدَهُ أَمَتَهُ ثُمَّ يُرِيدُ أن يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا) (ابن ماجة: ٢٠٧٢)

[2] الترمذي: ١١١٢

[3] مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل الباب (١١) ٣/٤.

[4] ايضاح الفوائد ٣/٢٩١.

[5] الروض النضير ٤/١٥٥وما بعدها.

الترجيح:

يبدو لي من هذا الاستعراض أن الرأي الذي من المفضّل العمل به هو ما ذهب اليه جمهور فقهاء المسلمين من عدم صحة طلاق كل أنسان لا يكون بالغاً عاقلا، وذلك للأسباب الآتية:

١ـ الطلاق عمل خطير على نطاق الأسرة والمجتمع، فمن الضروري ألاّ يعتبر نافذا إلاّ ممن يقدّر هذه الخطورة بان يتمتع بأهلية كاملة وعقلية ناضجة.

٢ـ هناك نصوص كثيرة مطلقة من أقوال الرسول العظيم ﷺ تدل على عدم صحة طلاق الصبي دون تفريق بين المميز وغيره، منها عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: ((لا يَجُوزُ طَلَاقُ الصبي وَلَا عِتْقُهُ وَلَا وَصِيَّتُهُ وَلَا شِرَاؤُهُ وَلَا بَيْعُهُ وَلَا شَيْءٌ))[1] ومنها ((رفع القلم عن الصبي حتى يدرك))[2] ومن القواعد المقررة في علم الاصول أن (المطلق يعمل على اطلاقه ما لم يثبت دليل يقيده) ولا دليل.

٣ـ تصرفه المالي الضار باطل، والدائرة بين النفع والضرر لا ينفّذ الا باجازة من له حق الاجازة، فمن باب أولى يجب أن يكون طلاقه باطلا، لانه اكثر خطورة وأهمية من القضايا المالية.

٤ـ اذا كان هناك ضرورة تقتضي أنهاء رابطة الزوجية بين الصبي وزوجته، فيجب أن يستعان بالقضاء للتفريق بينهما.

---

[1] الدارمي: ٢١٦١

[2] القسطلاني شرح صحيح البخاري ١٤٥/٨.

المبحث السابع

طلاق المجنون والسفيه

أجمع فقهاء المسلمين على عدم صحة طلاق المجنون اذا طلّق حال جنونه، كما اتفقوا على صحة طلاقه اذا كان جنونه متقطعا وطلّق حين الإفاقة وتوفرت بقية أركان وشروط طلاقه[1].

لكنهم اختلفوا في طلاق السفيه[2] فذهب الجمهور الى صحته وقال البعض بعدمها حسب التفصيل الآتي:

الحنفية:

قالوا: يقع طلاق السفيه وان كان محجورا عليه، لانه ليس من التصرفات القابلة للفسخ كالبيع وغيره مما يتوقف على اذن الولي. ففي الفتاوى الهندية: (المعاملات التي لا تقبل الفسخ كالزواج والطلاق لا تأثير للحجر عليها)[3] وفي تنوير الابصار: (ويقع طلاق كل زوج بالغ عاقل ولو كان مكرها أو هازلا أو سفيها)[4].

المالكية:

أجمع فقهاء المالكية على وقوع طلاق السفيه سواء كان محجورا عليه ام لا، ففي الشرح الكبير (انما يصح طلاق البالغ العاقل ولو سفيها)[5].

---

[1] ينظر: المبسوط ٦/١٧٨، المجموع شرح المهذب ١٥/٣٨٢، الانصاف ٨/٤٣٢، والقسطلاني ٨/١٤٤، الروضة البهية ٢/١٤٨، الميزان الكبرى ٢/١٠٤، ايضاح الفوائد ٣/٢٩١، البحر الزخار ٣/١٦٥.

[2] السفه خفة تبعث الانسان على العمل بخلاف مقتضى العقل. فهو سبب للحجر عليه عند الجمهور (الشافعية، والحنابلة، والمالكية، والجعفرية، والزيدية، وصاحبي ابي حنفية). وقال ابو حنفية (رحمه الله) لا يحجر عليه لان الحفاظ على كرامة الانسان أهم من الحفاظ على ماله. وانكر الظاهرية السفه بالمعنى الذي ذهب اليه الفقهاء وأعطوا كافة الصلاحيات لمن يسميه الفقهاء سفيها.

[3] الفتاوى الهندية ٥/٦١.

[4] تنوير الابصار مع حاشية ابن عابدين ٢/٥٧٩ وما بعدها.

[5] الشرح الكبير للدردير ٢/٣٦٥.

وفي الشرح الصغير: (وانما يصح الطلاق من مسلم مكلف ولو سفيها)[1].

الشافعية:

قالوا: السفيه ما دام مكلفا يصح طلاقه. في مغني المحتاج: (فيصح من السفيه والمريض باعتبار كونه من المكلفين)[2].

الحنابلة:

قالوا: الحجر على السفيه ليس له تأثير على صحة طلاقه، لان الحجر أنما هو بالنسبة لأمواله.

يقول ابن قدامة: (والحجر عليه في ماله لا يمنعه تصرفه في غير ما هو محجور عليه)[3].

الظاهرية:

انكر فقهاء الظاهرية وجود أنسان يكون سفيها في نظر الاسلام بالمعنى الذي يقوله فقهاء المسلمين، وهم يقولون لم يستعمل القرآن تعبير السفيه الا لمن لا يؤمن بالاحكام التي وردت فيه[4].

الجعفرية:

لا يصح عندهم زواج السفيه بدون اذن الولي وعليه أن يعيّن المهر والمرأة ولو تزوج بدون اذنه وقف العقد على اجازته لكن يقع طلاقه اذا لم يكن موجبا لالتزام مالي[5]. ويفهم من هذا أنه اذا ترتب عليه التزام مالي لا يقع طلاقه. لكن لم اطلع على ذلك صراحة في المراجع الفقهية الجعفرية.

---

[1] الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ١/٤١٨.
[2] مغني المحتاج للشربيني ٣/٢٧٥.
[3] المغني والشرح الكبير ٨/٢٥٩.
[4] لمزيد من التفصيل يراجع المحلى لابن حزم ٨/٢٥٩.
[5] العروة الوثقى ٢/٢٩٢.

الزيدية:

يفهم من عموم ما ورد في البحر الزخار (تصرفات المحجور عليه للسفه باطلة)[1]: عدم صحة طلاق السفيه لان لفظ (تصرفات) جمع مضاف وبذلك يعتبر من صيغ العموم والعام يعمل على عمومه ما لم يكن هناك مخصص ولم أجده.

الترجيح:

أرى التفريق بين طلاق يترتب عليه التزامات مالية وبين غيره، واعتبار عدم صحته في الحالة الأولى وذلك للأسباب الآتية:

١ـ السفيه المحجور عليه له حكم الصبي غير المميز والثاني لا يصح طلاقه عند الجمهور، فالمفروض أن يسري نفس الحكم على الأول.

٢ـ يرى فقهاء الشافعية[2]، والجعفرية[3] عدم صحة زواج السفيه المحجور عليه، والتفريق بين الزواج والطلاق الذي تترتب عليه التزامات مالية تحكم وترجيح بلا مرجح.

٣ـ تصرفات السفيه المحجور عليه المالية الضارة باطلة، والدائرة بين النفع والضرر يتوقف نفاذها على اذن الولي، والطلاق لا يقل أهمية وخطورة من القضايا المالية.

٤ـ اذا كانت هناك ضرورة تدعو الى الطلاق فليتم ذلك عن طريق القضاء.

---

[1] البحر الزخار ٥/٩٢.

[2] الانوار (٩٣/٢). وفيه (السفيه المحجور عليه يتزوج باذن الولي ويبطل دونه).

[3] ايضاح الفوائد (١٨/٣). وفيه: (اذا تزوج بغير اذن الولي فسد).

المبحث الثامن

طلاق المريض مرض الموت

مرض الموت: هو المرض الذي يفضي الى الموت غالبا، ويعقبه الموت فعلا[١].

ويلحق به ما هو في حكمه: كالحكم بالاعدام اذا تم تنفيذه، وكالحالة التي يغلب في مثلها الهلاك اذا مات في تلك الحالة[٢].

لا خلاف في أن طلاق المريض في حال الهذيان لا يقع[٣].

لا خلاف[٤] في وقوع طلاق المريض اذا كان حين التطليق متمتعا بالادراك الكامل والشعور التام.

لا خلاف في أن الطلاق الرجعي لا يمنع التوارث بين الزوجين اذا مات احدهما قبل أنتهاء العدة، لان المطلّقة رجعيا في حكم الزوجة[٥].

لا خلاف في أن الطلاق البائن في حالة الصحة يقطع علاقة الزوجية فلا توارث أن مات احدهما أثناء العدة.

وانما الخلاف في ميراث مطلقة المريض مرض الموت اذا طلقها فيه طلاقا بائنا.

ولفقهاء المسلمين في هذه القضية أربعة اقوال رئيسة[٦]:

أحدها: لا ترث مطلقا. والثانية: ترثه مطلقا. والثالث: ترثه ما لم تنته عدتها. والرابع: ترثه ما لم تتزوج.

ونوزع عرض هذه الأقوال على الفروع الأربعة الآتية:

---

(١) يراجع لستاذنا الشيخ عبد الرحيم الكشكي، الميراث المقارن ص ٨٣.

(٢) تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار مع حاشية لبن عابدين (٣٨٣/٣). وفيه: (من غالب حاله الهلاك بمرض أو غيره بان أضناه مرض عجز به عن اقامة مصالحه خارج البيت، أو بارز رجلا أقوى منه، أو قُدّم ليُقتل من قصاص أو رجم فارا بطلاقه).

(٣) الشرح الصغير مع الصاوي ٤١٨/٢.

(٤) اي لا يوجد خلاف يعتد به، والا هناك رأي شاذ يقول بعدم وقوع طلاق المريض مطلقا. ولخذ به المشرع العراقي في (م ٣٥) من قانون الأحوال الشخصية المعدل.

(٥) المغني لابن قدامة ٣٣٩/٦.

(٦) ونقل ابن حزم في المحلى (٢١٨/١٠- ٢٢٤): اقوالا اخرى وهي غير مشهورة لذا اهملتها.

الفرع الأول
لا ترث مطلقا

عند الظاهرية، والزيدية، وفي قول للشافعي: أن مطلّقة المريض مرض الموت اذا ثبت وقوع طلاقها بائنا لا ترثه أن مات بعد الطلاق، وان ثبت سوء قصده في الطلاق، وكونه فاراً بان اراد حرمانها من الميراث بعد شعوره بخطورة مرضه.

وأهم ما استند اليه هؤلاء في عدم توريث مبتوتة المريض هو: زوال سبب الميراث (الزوجية) بالطلاق البائن، واعتبار التوريث رأيا اجتهاديا محضا يصطدم مع ظاهر النص، وزوال السبب يستلزم زوال مسببه كما في الايضاح الآتي:

الظاهرية:

قال ابن حزم: (وطلاق المريض كطلاق الصحيح، ولا فرق، مات من ذلك المرض أو لم يمت منه. فان كان طلاق المريض ثلاثا، أو آخر ثلاث، أو قبل أن يطأها فمات، أو ماتت قبل تمام العدة أو بعدها، أو كان الطلاق رجعيا فلم يرتجعها حتى مات أو ماتت بعد تمام العدا[1]: فلا ترثه في شيء من ذلك كله، ولا يرثها أصلا. وكذلك طلاق الصحيح للمريضة، وطلاق المريض للمريضة ولا فرق)[2].

واعتبر ابن حزم قول القائلين بتوريث مطلقة المريض طلاقا بائنـا، مخالفا للقران الكريم قائلا في الرد عليهم: (ما فر المطلق المريض مرض الموت قط عن كتاب الله تعالى، بل أخذ بكتاب الله واتبعه لان الله اباح الطلاق، وقطع بالثلاث، وبالطلاق قبل الوطء جميع حقوق الزوجية من النفقة، واباحة الوطء، والتوارث.

فليس هنا الفرار من كتاب الله، بل الفرار من كتاب الله هو توريث من ليست زوجة. فكيف يجوز أن تورث بالزوجية من أن وطئها رُجم، أو من قد حل لها زواج غيره، أو من هي زوجة لغيره... هذا هو خلاف كتاب الله حقا بلا شك)[3].

---

[1] ويبدو من كلام الظاهرية أن الطلاق البائن عندهم ينحصر في صور ثلاث: استيفاء الطلقات الثلاث، والطلاق قبل الدخول، والطلاق الرجعي بعد أنتهاء العدة.

[2] المحلى لابن حزم الظاهري:١٠/٢١٨.

[3] المرجع السابق:١٠/٢٢٤.

وهذا الاتجاه هو ما استقر عليه فقهاء الظاهرية بالاجماع.

الزيدية:

يتفق فقهاء الزيدية مع الظاهرية فيما ذهبوا اليه بصدد توريث مطلقة المريض من الأدلة قالوا: أن القرآن الكريم حصر سبب توارث الزوجين في الزوجية الحقيقية أو الحكمية الصحيحة القائمة وهي ترتفع بالطلاق البائن، ولا يجوز الاحتجاج بقضاء عثمان، لان قول الصحابي ليس حجة ولا يُستدل بالقياس لعدم توفر عناصره.

ورد في الروض النضير: (ان قوله تعالى ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ انما يفيد التوارث بالزوجية، والطلاق البائن يقطعها، ولا توارث بغير السبب. وان توريث عثمان تماضر زوجة عبد الرحمن بن عوف رأي صحابي وهو لا حجة فيه، وان قياسه على القاتل غير صحيح لان العلة الجامعة هي المعاملة بنقيض القصد، فيلزم توريث القاتل عند عدم سوء قصده بناء على هذا القياس)[1].

ويلاحظ على هذا التعليل الاخير للزيدية: أن القاتل يرث المقتول عند اكثر الفقهاء اذا لم يتوفر لديه القصد الجنائي الذي يسمى بسوء القصد. ويعتبر فقهاء الزيدية أنفسهم ممن قالوا: أن المانع من الميراث هو القتل العمد العدوان[2].

الشافعية:

لم يستقر الشافعية على راي واحد في عدم توريث مبتوتة المريض، سبب ذلك هو الاختلاف في قول الشافعي القديم والجديد. قال ابو إسحاق الشيرازي: (واختلف قول الشافعي (رحمه الله) فيمن بت طلاق امراته في المرض المخوف واتصل به الموت، فقال في احد القولين أنها ترثه لانه متهم في قطع إرثها، والثاني أنها لا ترث وهو الصحيح، لانها بينونة قبل الموت فقطعت الارث كالطلاق في الصحة)[3].

ونُسب الأول الى قوله القديم، والثاني الى قوله الجديد ففي المجموع: (قال في القديم ترثه، وقال في الجديد لا ترثه)[4].

---

[1] الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للصنعاني ٢١٦/٣.

[2] يراجع دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الاسلامي للمؤلف. ص٣١٩

[3] يراجع المهذب ٢٥/٢.

[4] المجموع شرح المهذب ٥٠٤/١٤.

وجل أدلة الشافعي في قوله بعدم التوريث هو أن الطلاق البائن فرقة تقطع سبب الميراث، شأنها شأن الفرقة في حالة الصحة، وان الاجماع لم ينعقد على قضاء عثمان ﷺ، فقد خالفه بعض الصحابة منهم علي بن ابي طالب ﷺ وعبد الرحمن بن عوف، وعتبة...

يقول ابن قدامة: (وروى عن عتبة بن عبدالله بن الزبير لا ترث مبتوتة، وروي ذلك عن علي وعبد الرحمن بن عوف، وهو قول الشافعي الجديد لانها بائن ولا ترث كالبائن في الصحة، أو كما لو كان الطلاق باختيارها، ولان أسباب الميراث محصورة في رحم (نسب) ونكاح وولاء وليس لها شيء من هذه الأسباب)[1] وكذلك روي عدم التوريث عن ابي الثور[2].

ومن الجدير بالذكر أن فكرة توريث مبتوتة المريض لما قال بها عثمان بن عفان، عارضها عبد الرحمن بن عوف قبل وفاته[3].

الفرع الثاني
ترث مطلقاً

ذهب الأمّام مالك واصحابه، وفقهاء الاباضية، والشافعية في احد اقوالهم: الى أن مبتوتة المريض مرض الموت ترثه مطلقا سواء مات الزوج اثناء العدة ام بعدها، وسواء تزوجت المطلقة ام لا.

وقالوا: لا يبنى التوريث على اساس قيام الزوجية الحقيقية أو الحكمية، وانما هو استثناء من القاعدة العامة، وعقاب للزوج المريض الذي قصد بطلاقه حرمان زوجته من الميراث، فيعامل بنقيض قصده السيئ، فالزوج متهم بتهمة القصد السيئ وبعد ثبوتها يبقى مفعولها مستمرا مهما طال الزمن، فلا ينقضي بانقضاء عدة المطلقة ولا بتزويجها... كما في التفصيل الآتي:

---

[1] المغني لابن قدامة ٦/٣٣٠.
[2] المجموع المرجع السابق.
[3] المحلى ١٠/٢٢٤.

المالكية:

جاء في المنتقى: (من طلق امرأته في مرضه ورثته وإن مات بعد انقضاء عدتها وبعد أن تزوجت غيره، إذا اتصل مرضه إلى أن توفي، لاجماع الصحابة عليه حيث روي عن عمر وعثمان وغيرهما، ولا مخالف لهم في ذلك، ولانها فرقة في حال منع تصرفه فيها، وللتهمة)[1].

وقالوا: (بتوريثها وإن كانت الفرقة برضاها أو بتقصير منها. يقول الباجي: (فإن طلقها بنشوزها أو لعان أو خلع فإن حكم الميراث باق لها ـ خلافا للحنيفة ـ لان عثمان ورث إمرأة عبد الرحمن بن عوف وقد سألته الطلاق.

ومن وجهة المعنى أن الاذن لا يسقط في ميراث الوارث، كما لو اذن الابن لابيه في اخراجه من الميراث)[2].

ويلاحظ على قول المالكية بالتوريث على الرغم من كون الطلاق برضاها، حيث أنه يتعارض مع قولهم ببناء التوريث على اساس تهمة سوء قصد الزوج في الطلاق.

الاباضية:

أخذ فقهاء الاباضية بالاتجاه المطلق في توريث المبتوتة، ففي شرح النيل: (وإذا طلق في المرض ورثته ولو بعد انقضاء عدتها أو بعد تزوجها وطول المدة، وهو قول عمر وعثمان ومالك)[3].

ولم يشترط فقهاء الاباضية سوى الوفاة بالمرض الذي طلّقها فيه.

يقول أبو اسحاق التلمساني:

وإن يطلق امرؤ مريض	زوجتــه فـــارثه مفـــروض
ترثه وإن مضت عدتهـا	ونكـــحت وبعـــدت مدتها
هذا اذا مات وهو ما افاق	من مرض قارنه ذاك الطلاق[4]

وقد ذهبوا الى أبعد من ذلك فقالوا بتوريثها وإن كان الطلاق قبل الدخول[1].

---

[1] المنتقى شرح موطأ الأمام مالك ٨٥/٤ ـ ٨٦ مع التصرف.

[2] المنتقى شرح الموطأ ٨٦/٤.

[3] شرح النيل وشفاء العليل ٢٧٦/٨.

[4] المرجع السابق.

الشافعية:

يقول ابو اسحاق الشيرازي في استعراض آراء فقهاء الشافعية:

(والثالث أنها ترث أبدا، لان توريثها للضرار وذلك لا يزول بالتزويج فلم يبطل حقها)[٢].

الفرع الثالث
ترث ما لم تنته العدة

قال ابو حنيفة (رحمه الله) وأصحابه، وسفيان، والليث، والأوزاعي، والامام أحمد في روايتيه، والشافعية في احدى اقوالهم: مطلّقة المريض ترثه ما دامت في عدتها منه بعد وفاته، يقول السرخسي: (واذا طلق المريض امرأته ثلاثا أو واحدة بائنة ثم مات وهي في العدة فلا ميراث لها منه في القياس، وهو أحد أقاويل الشافعي (رحمه الله). وفي الاستحسان ترث منه وهو قولنا... وجه القياس: أن سبب الارث ارتفع بالطلاق، والحكم لا يثبت بدون السبب. ولكنا استحسنا لاتفاق الصحابة، والقياس يترك باجماع الصحابة)[٣].

والحنفية يشترطون لتوريث المبتوتة الشروط التالية:

١ـ أن يطلّقها وهو في مرض الموت أو بحال غلبه الهلاك[٤].

٢ـ أن يموت بهذا المرض أو تلك الحالة[٥].

٣ـ أن يموت وهي لا تزال في العدة[٦].

---

(١) المرجع السابق وفيه: (ويلغز اي امرأة ورثت اربعة ازواج فصاعداً في شهر واحد؟. وهي من تتزوج رجالا مرضى قبل الدخول ويموتون عنها).

(٢) المهذب ٢/٢٥.

(٣) المبسوط للسرخسي ٦/١٥٤.

(٤) الدر المختار وشرح تنوير الابصار مع رد المحتار ٣/٣٨٣.

(٥) المرجع السابق.

(٦) بدائع الصنائع للكاساني ٤/٢٠٦٦.

د- أن يكون الطلاق بعد الدخول[١].

هـ- ألا يكون الطلاق برضاها[٢].

الأمّام أحمد:

قال ابن قدامة: (وروي عن أحمد ما يدل على أنها لا ترث بعد العدة. وعلى هذه الرواية لا ترث المبتوتة غير المدخول بها)[٣].

القول القديم للشافعي:

ورد في المجموع (وان قلنا بقوله القديم قال: متى ترثه؟ فيه ثلاثة أقوال: أحدها ترثه ما دامت في عدتها منه. فاذا أنقضت عدتها لم ترثه وبه قال أبو حنيفة، وسفيان، والليث، والأوزاعي، واحدى الروايتين عن احمد، لان الميراث للزوجة أنما يكون لزوجة أو لمن هي في حكم الزوجات، فما دامت في عدتها فهي في حكم الزوجات)[٤].

وهذا الاتجاه منتقد كما نوضحه في نهاية المبحث حيث أن مصدر التوريث ليس الزوجية لا حقيقة ولا حكماً لانقطاع علاقة الزوجية بالطلاق البائن.

الفرع الرابع
ترثه ما لم تتزوج

قال فقهاء الجعفرية، والأمّام أحمد في قوله المشهور ، وابن أبي ليلى، وأبو حنيفة في رواية عنه، والشافعية في أحد أقوالهم: أن مبتوتة المريض مرض الموت ترثه ما لم تتزوج، فاذا تزوجت سقط حقها برضاها لان الزواج بمثابة التنازل عن حقها في الميراث من تركة زوجها السابق الذي طلقها وهو في مرض الموت.

وقد أضاف فقهاء الجعفرية الى ذلك شرطا آخر وهو أن لا تمضي على الطلاق مدة اكثر من سنة. وبعد السنة يسقط حقها وان لم تتزوج كما في الايضاح الآتي:

---

[١] الدر المختار المرجع السابق ٣٨٣/٣.

[٢] بدائع الصنائع (٢٠٥٧/٤) وفيه: (فان كان برضاها لا ترث بالاجماع). اي اجماع فقهاءهم.

[٣] المغني لابن قدامة ٣٣٠/٦.

[٤] المجموع شرح المهذب ٥٠٥/١٤.

الجعفرية:

قالوا بتوريث مبتوتة المريض بالشروط التالية:

١ـ أن يطلّقها وهو في مرض الموت.

٢ـ أن يموت بهذا المرض.

٣ـ ألاّ تمضي على الطلاق مدة أكثر من سنة.

٤ـ ألاّ تتزوج زوجا آخر[1].

ففي المختصر النافع[2]: (لو طلقها مريضا ورثت وان كانت بائنا ما لم تخرج السنة، ولم يبرأ، ولم تتزوج).

وفي الروضة البهية: (والطلاق بل يمنع الارث اذا مات احدهما في العدة الرجعية لان المطلقة رجعيا بحكم الزوجة بخلاف البائن فانه لا يقع بعده توارث في عدته الا أن يطلق وهو في المرض فانها ترثه الى سنة ولا يرثها هو).[3]

وقال الكليني: (وان طلقها في حال اضرار فهي ترثه الى سنة فان زاد على السنة يوما واحدا لم ترثه)[4].

لكنهم اختلفوا في اساس التوريث: فقال اكثرهم: أنه يترتب على مجرد الطلاق في مرض المورث، وقال البعض: اساسه التهمة اي اتهام الزوج بانه قصد اضرارها بحرمانها من الميراث عن طريق الطلاق[5].

ومن وجهة نظري مآل القولين واحد وهو معاملة الزوج بنقيض قصده السيء.

وشرط عدم مضي سنة على الطلاق للتوريث لم اجد له مبررا في المراجع الفقهية للامامية.

---

[1] الكافي للكليني ١٢٢/٦. وفيه: (واذا مات في مرضه ولم تتزوج ورثته وان كانت قد تزوجت فقد رضيت بالذي صنع لا ميراث لها).

[2] ص٢٧٢.

[3] الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٣٢٧/٢.

[4] الكافي المرجع السابق ١٢٢/٦.

[5] هامش الكافي المرجع السابق ١٢٢/٦.

الرأي المشهور عن الأمّام أحمد:

روى فقهاء الحنابلة عن الأمّام احمد روايتين: احداهما تتفق مع الحنفية وهي أنها لا ترث بعد أنتهاء العدة وان لم تتزوج. والثانية التي تعتبر هي الصحيحة والمشهورة عنه أنها ترثه ما لم تتزوج.

ففي المغني: (دليلنا أن عثمان ﷺ ورث تماضر وكان طلاقها في مرضه فبتها، واشتهر ذلك من الصحابة فلم ينكر فكان اجماعا. ولم يثبت عن علي ولا عن عبد الرحمن خلاف هذا. ولان هذا قصد قصداً فاسدا في الميراث فعورض بنقيض قصده كالقاتل القاصد استعجال الميراث يعاقب بحرمانه. اذا ثبت هذا فالمشهور عن احمد أنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تتزوج)[1].

ومن شروط التوريث عند الحنابلة أن يموت الزوج بالمرض الذي طلقها فيه[2]. لكن اختلف فقهاء الحنابلة في توريث المبتوتة اذا كان الطلاق قبل الدخول.[3]

ابن أبي ليلى

وهو يعتبر من أنصار القول بان مبتوتة المريض ترثه ما لم تتزوج.

يقول السرخسي: (قال ابن ابي ليلى (رحمه الله): وان عدتها في حق الميراث لا تنقضي حتى أن لها الميراث ما لم تتزوج فاذا تزوجت فهي التي رضيت بسقوط حقها)[4].

رواية أبي حنيفة

قال الشعراني: (ولأبي حنيفة رواية اخرى أنها ترثه ما لم تتزوج وبه قال احمد)[5].

الشافعية:

وفي قول للشافعية: ترثه ما لم تتزوج[1].

---

[1] المغني ٦/٣٣٠.

[2] المرجع السابق ٦/٣٣١.

[3] نقل ابن قدامة في المغني (٦/٣٣١) اربع روايات: احداهن: لها الصداق كاملا والميراث وعليها العدة (عدة الوفاة). والثانية: لها الميراث والصداق ولا عدة عليها. والثالثة: لها الميراث ونصف الصداق وعليها العدة وهو رواية لمالك ايضا. والرابعة: لا ميراث لها وهو قول جابر والنخعي وابي حنيفة والشافعي واكثر أهل العلم).

[4] المبسوط للسرخسي ٦/١٥٦.

[5] الميزان الكبرى للشعراني ٢/١٠٦.

التحليل والمناقشة والترجيح:

التحليل

يبدو من هذا الاستعراض لاقوال الفقهاء بصدد حكم ميراث مبتوتة المريض مرض الموت أن أهمّ أسباب خلافهم هو الاختلاف في تحديد أساس هذا التوريث:

١ـ فمن أخذ بالقاعدة العامة القاضية بان سبب توارث الزوجين هو قيام الزوجية الصحيحة، ورأى أن العدول عنها رأي واجتهاد محض، ولا مساغ للاجتهاد عند مورد النص، قال: أن الطلاق البائن يرفع السبب (الزوجية) وبانتفائه ينتفي المسبب (الميراث) وهذا ما استقر عليه رأي الظاهرية والزيدية.

٢ـ ومن حاول التقريب بين القاعدة العامة، وبين ما يوجب العدول عنها من تهمة القصد السيء للزوج المريض، واختار طريقة رعاية الأمرين فقال: أن المبتوتة ترث ما لم تنته عدتها لانها مادامت في العدة لها حكم الزوجة لارتباطها بالزوج بعد. وفي هذا رعاية للقاعدة. ولكنها على الرغم من البينونة ترثه عقابا على تهمة الاضرار. وفي هذا اخذ بموجب العدول عن القاعدة. وهو مذهب ابي حنيفة (رحمه الله) ومن حذا حذوه.

٣ـ ومن عمل بسد الذرائع وبنى الميراث على أساس تهمة الإضرار استثناء من القاعدة العامة رعاية لمصلحة الزوجة، واعتبر تزوجها اللاحق تنازلا عن هذه المصلحة. قال بتوريثها ما لم تتزوج. وهذا ما أخذ به فقهاء الحنابلة والجعفرية ومن وافقهم في ذلك.

٤ـ ومن قال أن علة توريثها هي التهمة المنسوبة الى الزوج، وان هذه التهمة كما لا تزول بانتهاء العدة كذلك لا تسقط بالزواج، قال بتوريثها مطلقا لان الحكم يدور مع علته

---

[1] المهذب (٢/٢٥) وفيه: (فقال (الشافعي) في احد القولين: أنها ترث لانه متهم في منع ارثها فورثت كالقاتل لما كان متهما في استعجال الميراث لم يرث. فاذا قلنا أنها ترث فالى اي وقت؟ فيه ثلاثة اقوال: احدها: أن مات في العدة ورثت لان حكم الزوجية باق. وان مات وقد أنقضت العدة لم ترث لانه لم يبق حكم الزوجية. والثاني أنها ترث ما لم تتزوج لانها اذا تزوجت علمنا أنها اختارت ذلك. والثالث أنها ترث ابدا لان توريثها للضرار وذلك لا يزول بالتزويج فلم يبطل حقها). وبناء على ذلك يكون لفقهاء الشافعية نصيب من الرأي في الاقوال الاربعة الرئيسة المذكورة في هذا المبحث.

وجودا وعدما. وقد اختار الأمّام مالك (رحمه الله) هذا الاتجاه وتبعه بعض الفقهاء. كما ذكرنا.

المناقشة:

١. يناقش رأي الظاهرية والزيدية ومن وافقهم بان النص شرع لاجل مصلحة الانسان، فاذا تعارضت مع المصلحة التي يحققها تطبيق هذا النص مصلحة أخرى أقوى منها وأهّم وأحسن بالنسبة لمن يطبّق عليه النص، على القاضي أن يعمل بها ويترك تطبيق النص. وهذا لا يعني ترك النص بالمصلحة، وانما هو ترك نص بنص آخر يدعو الى الاخذ بالمصلحة المرعية في ميزان الشريعة الاسلامية كنص (لا ضرر ولا ضرار) الوارد على لســان رسول الله ﷺ.

٢. ويلاحظ على رأي الحنفية: أن الزوجة المطلّقة طلاقا بائنا ليس لها حكم الزوجة حين تكون في العدة، لانها تنتهي علاقتها مع الزوج لحظة وقوع الطلاق، فتصبح بائنة اجنبية بالنسبة اليه في جميع الحقوق والالتزامّات التي تترتب على الزواج، وان ميراث الزوجة المطلقة في مرض الموت يبنى على أساس تهمة القصد السيّء في رأيهم وفي رأي كل من يقول بتوريثها، وان هذه التهمة لا صلة لها بالعدة وجودا وعدما.

٣. ويمكن أن يقال للأمّام مالك (رحمه الله) أن ميراث المبتوتة حق خاص لها، قال به الفقهاء رعاية لمصلحتها فلها التنازل عن هذه المصلحة صراحة أو ضمنا، وبذلك يعتبر زواجها تنازلا ضمنيا عن هذا الحق، ثم أن العمل بقول هذا الفقيه العظيم يؤدي الى توريث الزوجة من زوجين.

٤. ويلاحظ على راي الجعفرية أن تحديد حق الزوجة في الميراث بمدة سنة حكم تعبدي لا يدرك العقل سببه والحكم التعبدي لا يثبت بالرأي والاجتهاد وانما بالنص.

الترجيح:

الرأي الذي اميل اليه هو الذي يقضي بتوريث المبتوتة ما لم تتزوج اذا توافرت الشروط التالية:

١ـ أن يكون الطلاق في مرض الموت أو في حالة يغلب فيها الهلاك.

٢ـ أن يموت الزوج بهذا المرض أو تلك الحالة.

٣ـ أن يتم الطلاق على رغم ارادة الزوجة أو بتقصير من الزوج.

٤ـ أن يتم الدخول بها.

٥ـ الا تتزوج زوجا آخر قبل وفاة الزوج المريض السابق. وذلك:
أـ لان هذا التوريث يبنى على اساس اتهام الزوج بالقصد السيء وان هذه التهمة لا تقوم عندما يكون الطلاق برضاها واذا ثبت وجودها تبقى بعد أنتهاء العدة.
ب ـ الطلاق قبل الدخول لا يلحق بالمطلقة ضررا يوجب توريثها من تركة الزوج المريض مرض الموت وان ثبت سوء قصده في الطلاق.
ج ـ توريثها بعد الزواج يؤدي الى أن ترث اكثر من زوج واحد.
بالاضافة الى أن هذا الزواج يعتبر تنازلا ضمنيا عن حقها الخاص من جهة وقد يؤدي الى زوال الضرر من جهة أخرى.

القانون وطلاق المريض مرض الموت:

تنص المادة (٣٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل والمعمول به حاليا على ما يلي: لا يقع طلاق الأشخاص الآتي بيانهم:
١ـ السكران والمجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقد التمييز من غضب أو مصيبة مفاجئة أو كبر أو مرض.
٢ـ المريض في مرض الموت، أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك اذا مات في ذلك المرض أو تلك الحالة. ترثه الزوجة.
بمقتضى عموم هذا النص لا يقع طلاق المريض مرض الموت مطلقا سواء كان متمتعا بالشعور التام والادراك الكامل ام لا.

ويبدو أن المشرِّع قد خلط بين عدم وقوع الطلاق وبين توريث الزوجة لذا ادعو الى اعادة النظر في هذا النص وتعديله والأخذ بما هو متفق عليه في الاسلام من وقوع طلاق المريض مرض الموت اذا كان الطلاق في حالة الادراك والشعور التامّين. وذلك للاسباب الاتية:
١- مخالف لما اجمع عليه فقهاء المسلمين.
٢- مخالف لما اتفق عليه قوانين البلاد العربية والإسلامية.
٣- حقوق الزوجة في الميراث مضمونة مع وقوع الطلاق.
٤ـ لا يستطيع القاضي أن يبتّ في الطلاق الا بعد وفاة الزوج المريض، فعندئذ تبقى الزوجة حائرة في أمرها الى أن يعرف المصير المحتوم للزوج، فاذا مات يحكم بعدم وقوع الطلاق

لانه يثبت أن الطلاق والموت كانا في مرض الموت. واذا شفي من مرضه وثبت الخطا في تشخيص المرض فعندئذ يحكم بوقوع الطلاق لانه لم يكن في مرض الموت.

٥ـ يؤخذ من عموم النص المذكور أن الطلاق لا يقع ولو كان بتقصير من الزوجة أو طلب منها.

٦ـ اذا قصد المشرع من المريض مرض الموت مريضا فاقدا للوعي والتمييز فان هذا الحكم قد ورد في الفقرة الأولى من النص فيكون هذا حشوا يجب تجنبه.

المبحث التاسع

طلاق المولي

الايلاء لغة: الحلف واليمين مطلقا من (آلى) اذا حلف.

وشرعا: هو أن يحلف الزوج الا يُعاشر زوجته معاشرة جنسية مدة لا تقل عن اربعة اشهر أو مطلقا.

كان الايلاء طلاقا عند العرب قبل الاسلام، فالغاه القرآن طلاقا، واعتبره سببا من الأسباب التي تؤدي الى الطلاق كما اذا اصرّ الزوج على هجر زوجته وترك معاشرتها، ونظم حكمه بقوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ[1] تَرَبُّصُ[2] أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا[3] فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ[4] رَحِيمٌ[5] وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ[6] فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ[7] عَلِيمٌ[8]﴾[9].

ويؤخذ من هذا النص الكريم أن للايلاء خمسة عناصر: الزوج الحالف، والزوجة، والمحلوف به، والمحلوف عليه، والمدة. واذا توفرت هذه العناصر ترتب عليها وقوع الطلاق تلقائيا دون تدخل ارادة الزوج أو القاضي عند الحنفية، وترتب الخيار بين الفيئة أو الطلاق عند الجمهور، فان امتنع منها طلق عليه القاضي. والطلاق بالايلاء يعتبر بائنا عند الحنفية، ورجعيا عند الجمهور. حيث أن كل طلاق بالتفريق القضائي بائن الا الطلاق على المولي وعلى المعسر بالنفقة.

---

(1) اي يحلفون أن لا يجامعوهن.

(2) اي أنتظار اربعة اشهر، فلها النفقة والكسوة والمسكن في تلك الفترة.

(3) اي رجعوا فيها أو بعدها عن اليمين الى المعاشرة وعليه الكفارة أن كان الحلف بالله.

(4) اي غفور لهم ويغفر ذنبهم على ماالحقوه بالزوجة من الضرر.

(5) اي بهم بعد رجوعهم الى المعاشرة والامساك بالحسن والعدل.

(6) اي عزموا على الطلاق بان لم يفيئوا. فاعتبر القرآن عدم الفيئة عزما على الطلاق. فعندئذ عليهم أن يوقعوه رفعا لاذى الزوجة.

(7) اي لقولهم.

(8) اي بعزمهم فليس لهم بعد التربص المذكور الا الفيئة والرجوع أو الطلاق فان امتنع طلق عليه القاضي.

(9) سورة البقرة /٢٢٦، ٢٢٧.

ولما نلمسه في هذا الموضوع من اهمية كبيرة بالنسبة لما يتعلق بالزوجة من حقها في التمتع بالزوج، ومن تقصير بعض الازواج في هجر زوجاتهم بمحض ارادتهم، دون أن يكون هنالك عذر يبرر عملهم هذا، نتولى ايضاح عناصر الايلاء، والاثار المترتبة عليه حتى يتبين للأزواج مدى مسؤوليتهم المترتبة على هجر الزوجة وترك معاشرتها دون مبرر، وليعلموا أن عملهم هذا يصطدم مع نص القرآن الكريم وأمره بان يختار الزوج احد المسلكين الواردين في قوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أو سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[1] فعليهم أمّا الامساك بالمعروف أو الطلاق بالمعروف، وليس لهم اختيار ثالث يؤدي الى الظلم والحاق الضرر بالزوجة.

العنصر الأول . الحالف:

قال المالكية[2]، والشافعية[3] والحنابلة[4]، والجعفرية ـ في رايهم الراجح[5] والظاهرية[6]، والاباضية[7]: يشترط في الحالف أن يكون قادرا على معاشرة زوجته حالاً أو مآلاً، فان كان عاجزا فلا يُعتد بايلائه حيث لا يغير من الواقع شيئا.

وقال الحنفية[8]، والزيدية[9]، وجماعة من الجعفرية[10]: يصح ايلاء العاجز عن المعاشرة، اخذاً بعموم قوله تعالى ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ...﴾.

---

[1] ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُواً وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ (البقرة:٢٣١).

[2] الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٤٢٧.

[3] نهاية المحتاج ٧/٦٤. الانوار ٢/١٩٢.

[4] الانصاف ٩/١٨١. منتهى الارادات ٢/٣١٧وما بعدها.

[5] الروضة البهية ٢/١٧٨.

[6] المحلى ١٠/٤٢.

[7] شرح النيل ٣/٤٤٢.

[8] الدرر والغرر ١/٢٨٤.

[9] البحر الزخار.

[10] رياض المسائل كتاب الطلاق. شرائع الاسلام ٢/٨٣.

منشأ الخلاف:

يؤخذ من كلام الفقها، وتعليلاتهم: أن منشأ الخلاف هو التعارض بين عموم النص وبين تخلف علة حكمه في حالة عجز الزوج عن ممارسة العمل الجنسي.

فمن أخذ بعموم النص قال: يجوز الايلاء من كل زوج يصح طلاقه. ومن نظر الى تخلف علة الحكم قال: أن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما، وحكم الايلاء شرع لرفع الظلم عن الزوجة ودفع الضرر عنها ومنع حرمانها من التمتع بالزوج، والحرمان قائم قبل الايلاء فلا جديد بعد الايلاء حتى يُرفع عن طريق القضاء أو اجبار الزوج على المعاشرة أو الطلاق.

الترجيح:

ان قلنا أن المحلوف عليه هو الوقاع (المعاشرة الجنسية) فقط فالراجح أن الايلاء لا ينعقد من العاجز حيث لا يأتي بجديد. واذا قلنا هو ترك مطلق المعاشرة الحسنة، كما هو رأي الظاهرية ومن وافقهم، فالأولى جوازه وانعقاده من العاجز، لان العاجز عن الوقاع قد يكون متمكنا من سائر التمتعات.

العنصر الثاني : الزوجة:

اتفق الكل على أنعقاد الايلاء من زوجة حقيقية مدخول بها غير مرضعة يُتصور منها الجماع.

واختلفوا فيمن تخلفت فيها صفة من هذه الصفات.

الحنفية:

يعتبر في الزوجة أن تكون حقيقية أو حكمية (مطلّقة طلاقا رجعيا وهي في العدة) ولا يُشترط تمكنها من الوقاع[1].

المالكية:

يصح من الرجعية، والمدخول بها وغيرها، ومن الصغيرة التي لا تُطيق الوطء، لكن لا

---

[1] الطحاوي ١٧٩/٢.

يُضرب الاجل حتى تطيق، ومن بها مانع كالرتق والقرن. ولا ايلاء عليه من المرضعة اذا كان لمصلحة الطفل[1].

الشافعية:

لا يصح الايلاء ممن بها مانع من المعاشرة الجنسية لا يُرجى زواله، ويصح من الصغيرة والمريضة والرجعية وتحسب المدة من مراجعتها[2].

الحنابلة:

كالشافعية، لكن في رواية لهم لا يصح من الرجعية[3].

الجعفرية:

يشترط أن يكون مدخولا بها[4].

الزيدية:

لا يصح من الرجعية، ويصح من غير المدخول بها، وممن بها مانع من المعاشرة لعموم النص[5].

منشأ الخلاف:

منشأ خلافهم في صحة الايلاء من المطلقة الرجعية وممن بها مانع من الوقاع، هو الاختلاف في رعاية امكانية أو فعلية حق التمتع الزوجي للزوجة، فمن رأى اشتراط ثبوته بالفعل قال لا يصح الايلاء من الرجعية وممن بها مانع.

ومن اكتفى بالامكان قال بصحته لا سيما أن للمطلقة الرجعية التي لا تزال في العدة يصح الوقاع معها عند من يرى ذلك رجعة لها.

---

(1) الخرشي ٩١/٤.

(2) نهاية المحتاج ٦٦/٧ الانوار ٢٩٠/٢ بالنسبة للصغيرة والمريضة تحسب المدة بعد القدرة على المعاشرة.

(3) الانصاف ١٦٩/٩.

(4) شرائع الاسلام ٨٣/٢.

(5) البحر الزخار ٢٤٢/٣. التاج المذهب ٢٥٤/٢.

الترجيح:

أرى أن الأفقه هو عدم صحة الايلاء من الرجعية، لا لانها لا حق لها في الوطء بالفصل، بل لئلا يؤدي الى توتر الجو فيفوت الغاية المقصودة من بقاء الزوجة المطلقة في بيت الزوجية في فترة العدة، وهي اعطاء فرصة كافية للزوجين لعلهما يرجعان الى الوئام والصفاء بعد أن تهدأ أعصابهما فيُدركا نتائج الطلاق وسوء عاقبة الشقاق. وقد اشار القرآن الكريم الى هـــذه الحكمة في قوله تعالى: ﴿لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾.

وأمّا التفريق بين المدخول بها وغير المدخول بها ـ وهو ما ذهب اليه الجعفرية وفريق من الزيدية ـ فهو بالاضافة الى تعارضه مع عموم قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ فانه يتنافى مع تساوي الحالتين (قبل الدخول وبعده) في علة الحكم.

ومنشأ اعتبار كونه مرضعة وعدم اعتباره، هو لحاظ عنصر سوء القصد من الزوج وعدمه، وسيجيء نقاش ذلك في شرط قصد الإضرار بالزوجة في العنصر الثالث.

العنصر الثالث ـ المحلوف به:

اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة المحلوف به: فقال الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية على القول الجديد للشافعي[٣]، والحنابلة على القول غير المشهور[٤]، والاباضية[٥]: ينعقد الايلاء بكل ما فيه التزام.

وقال الجعفرية[٦]، والظاهرية[٧]، والشافعي في قوله القديم[٨]، والحنابلة على المشهور[٩]، والزيدية[١٠]: لا ينعقد الا باليمين باسم الله أو بصفة من صفاته.

---

(١) تحفة الفقهاء للسمرقندي.
(٢) الخرشي ٤/٨٩.
(٣) نهاية المحتاج ٧/٦٤.
(٤) الانصاف ٩/١٧٣.
(٥) شرح النيل ٣/٤٤٢.
(٦) شرائع الاسلام ٢/٨٣.
(٧) المحلى ١٠/ ٤٢.
(٨) نهاية المحتاج المرجع السابق.
(٩) المغني لابن قدامة ٧/٢٩٨.

منشأ الخلاف:

منشأ اختلافهم هو التعارض بين عموم آية: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ...﴾ مع حديث: ((مَنْ كَانَ حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ أو لِيَصْمُتْ))[٢] من جهة، والخلاف في تشبيه الايلاء بيمين الكفارة من جهة أخرى. فمن خصّص عموم الاية بالحديث أو شبّه الايلاء بيمين الكفارة، قال: لا ينعقد الايلاء الا بالحلف باسم الله أو بصفة من صفاته، على أساس أن لصفته حكم الاسم في ذلك. ومن أخذ بعموم الآية، وحمل الحديث على الأولوية ونظر الى ما يترتب على الالتزام من الامتناع بقطع النظر عن طبيعة مصدره، قال بانعقاد الايلاء بكل ما يلزم الانسان على فعل شيء أو تركه[٣].

الترجيح:

نرى أن مصلحة الزوجة تقتضي القول بان كل امتناع من الوقاع والمعاشرة الحسنة من الزوج دون عذر منه أو منها، له حكم الايلاء ما دام الاضرار بالزوجة قائما من جراء هذا العمل السلبي من الزوج، بغضّ النظر عن مصدره. وعلى القاضي أن يعامل الزوج معاملة المولي، سواء حلف أو لم يحلف، كما هو اختيار بعض الفقهاء. قال القرطبي: (قال علماؤنا: ومن امتنع وطأ إمراته بغير يمين حلفها اضرارا بها، أمر بوطئها فان أبى وأصرّ على امتناعه مضرا بها، فُرّق بينه وبينها من غير ضرب أجل)[٤].

وجاء في مختصر خليل: (واجتهد وطلق في لاعزلنّ أو لا ابيتن أو ترك الوطء ضررا وان غائبا أو سرمد العبادة بلا اجل على الاصح)[٥]. وفي رواية للحنابلة: اذا ترك الوقاع مضرا بها من غير عذر، تضرب له مدة الايلاء وله حكمه، وقال المرداوي وهو الصواب[٦]. وجاء في

---

(١) الروض النضير ٤/ ١٦٨. البحر الزخار ٣/ ٢٤٢.
(٢) البخاري: ٢٤٨٢
(٣) بداية المجتهد ٢/ ٨٣.
(٤) تفسير القرطبي ٣/١٠٦.
(٥) الخرشي ٤/٩٣.
(٦) الانصاف للمرداوي ٩/١٦٩.

الروض النضير: (ويروى عن بعض السلف أن المهاجرة ايلاء)[1].

ومن وجهة نظري لا يشترط قصد الاضرار من الزوج ما دام الاضرار قائما فعلا، لان الاسلام يبني التعويض على الضرر بغض النظر عن قصد محدثه.

والذي دفعني الى هذه الاطالة هو تلك الظاهرة المنتشرة بين بعض الناس من ترك الزوجة السابقة ووضعها في زاوية النسيان بعد الزواج من زوجة جديدة.

العنصر الرابع . المحلوف عليه:

اتفق الحنفية[2]، والمالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5]، والجعفرية[6]، والزيدية[7]، والاباضية[8] على أن المحلوف عليه هو ترك المعاشرة الجنسية، واذا حلف على ترك تمتع اخر كالمعانقة والمداعبة وغيرهما لا يكون موليا.

وأمّا الظاهرية فانهم ذهبوا الى اعطاء المحلوف عليه مفهوما أوسع، بحيث يشمل كل معاشرة بضمنها الوطء والمعانقة والمداعبة والمضاجعة وعدم المنام معها في فراش واحد.. سواء نشأ ذلك عن سوء تفاهم أو لا، وسواء في ذلك صالح الزوجة أو لا، لعموم قوله تعالى ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ...﴾، ولحديث حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي: ((اذا حلف بالله ليغيظنها، أو ليسوئنها، أو ليحرمنها أو لا يجمع راسه وراسها فهو ايلاء))[9].

---

[1] الروض النضير ٢٦٨/٤، البحر الزخار ٢٤٢/٣.
[2] تحفة الفقهاء ٣٠٥/٢.
[3] الخرشي ٩٣/٤.
[4] الانوار ٢٩٠/٢.
[5] الانصاف ١٦٩/٩.
[6] مستدرك الوسائل ٣٠/٣.
[7] الروض النضير ١٨٦/٤.
[8] شرح النيل ٤٤٨/٣.
[9] المحلى ٤٢/١٠.

العنصر الخامس . المدة:

اختلفوا في تحديدها: فقال الحنفية[1]، والزيدية[2]، والاباضية[3]، والحنابلة في رواية مرجوحة[4]، والمالكية على رأي غير مشهور[5]: المدة المعتبرة هي أربعة اشهر فصاعدا، لانها هي المدة المنصوصة في القرآن الكريم. وقال الشافعية[6]، والمالكية في رأيهم المشهور[7]، والحنابلة في قولهم الراجح الصحيح[8] والجعفرية[9]: أن المدة هي ما تزيد على أربعة اشهر، لان المولي لا يُطالب بالفيئة أو الطلاق الا بعدها، فيكون الزائد على أربعة اشهر هو مدة الايلاء الشرعي.

وقال الظاهرية[10]: يتحقق الايلاء ولو كان المدة ساعة واحدة.

منشأ خلافهم:

منشأ خلافهم هو اختلافهم في تفسير آية: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ...﴾، فكل يفسّرها بما يصل اليه اجتهاده ويبني عليه رأيه. قال الخرشي: ومنشأ القولين (القول باربعة اشهر والقول بالاكثر) الاختلاف في فهم قوله تعالى ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ وهما مبنيان على أن الفيئة[11] هل هي مطلوبة خارج أربعة اشهر أو فيها؟ وهل يقع الطلاق بمضي أربعة اشهر أو لا؟ المشهور لا يُطالب بالفيئة الا بعد أربعة أشهر ولا يقع

---

[1] تحفة الفقهاء ٣٠٦/٢.
[2] الروض النضير ١٨٤/٤. البحر الزخار ٢٤٤/٣.
[3] شرح النيل ٤٤٨/٣.
[4] الانصاف ١٧٤/٩.
[5] الدسوقي ٤٢٨/٢.
[6] الانوار ٢٩١/٢.
[7] المنتقى شرح الموطأ ٣٠/٤. الخرشي ٩٠/٤.
[8] منتهى الارادات ٣٢١/٢.
[9] شرائع الاسلام ٢٢٨/٢. المختصر النافع ص٢٣٠.
[10] المحلى ٤٢/١٠.
[11] الرجوع الى معاشرة الزوجة.

الطلاق بمجردها)[1].

الترجيح:

أرى أن الأفقه هو ما ذهب اليه الظاهرية والحسن البصري واسحاق ومن وافقهم، من عدم ضرورة تحديد مدة الهجر من الزوج بالكلام، بل يكفي تحقق الهجر من الناحية العملية، وان المدة المذكورة في الآية هي مدة المهلة، اي أن الزوج لا يطالب جبرا بالفيئة أو الطلاق الا اذا اصر على حالة اكثر من أربعة اشهر، فخلال المدة (أربعة اشهر) لا يطالب بشيء، كما هو رأي المالكية المشهور، والشافعية، والحنابلة والجعفرية وذلك للوجوه الآتية:

١ـ حدد القرآن المدة للازواج لا عليهم كأجل الدين، فكما أن المدين لا يُطالب بالدين المؤجل الا بعد أنتهاء الاجل، فكذلك المولي لا يطالب بالفيئة أو الطلاق الا بعد المدة المذكورة.

٢ـ الفاء في قوله تعالى (فان فاؤا) للتعقيب الفعلي لا الذكري، فهي تستلزم تأخر ما بعدها عما قبلها، فتكون الفيئة مطلوبة بعدها.

٣ـ أن الشرطية تنقل معنى الماضي الى المضارع، فلو كان الفيئة مطلوبة في المدة لبقي معنى الماضي بعدها على ما كان عليه قبل دخولها وهو باطل.

آثار الايلاء:

اذا توافرت عناصر الايلاء ترتب عليها آثار ونتائج اختلف الفقهاء في مداها كما يلي:

الحنفية:

للزوج المولي حرية الارادة خلال مدة التربص في اختيار الفيئة أو الاصرار على الامتناع. فاذا اقترن بزوجته في هذه المدة حنث في يمينه، ولزمته الكفارة وسقط الايلاء. وان ابى أن يفيء فيها تبين زوجته بطلقة واحدة بائنة تلقائيا بانتهاء آخر جزء من المدة (اربعة أشهر)[2]. ومعنى ذلك أن الزوج تُسلب عنه بمجرد أنتهاء المدة حرية الاختيار في التطليق أو عدمه.

---

[1] الخرشي ٤/٩٠.

[2] راجع شرح فتح القدير ٣/١٨٣. وما بعدها. تحفة الفقهاء ٢/٢٠٨.

جاء في البدائع[1] فاذا مضت المدة ولم يفيء اليها مع القدرة على الفيء، فقد حقق العزم المؤكد باليمين بالفعل، فتأكد الظلم في حقها فتبين منه عليه عقوبة جزاء على ظلمه، ومرحمة عليها بتخليصها عن حباله لتتوصل الى ايفاء حقها من زوج اخر.

وحجتهم:

١ـ قالوا: أنما يكون الطلاق بائنا للتخلص من ظلم الزوج، والرجعي لا يفيد ذلك لانه باستطاعته أن يردها الى عصمته ويُعيد الايلاء. أمّا في البائن فتملك الزوجة نفسها وتزول سلطته عليها جزاءً لظلمه[2].

٢ـ قالوا: الفيء يجب أن يكون في المدة، لان الفاء في قوله تعالى (فإن فاؤا) لتفصيل مجمل قبلها مثل ﴿فَقَدْ سَأَلُوا مُوسَى أَكْبَرَ مِنْ ذَلِكَ فَقَالُوا أَرِنَا اللَّهَ جَهْرَةً﴾ فالتعقيب في الآية ذكري فقط، فيكون المعنى: فان فأوا اي فان رجعوا عما استمروا عليه بالوقاع في المدة تعقيبا على الايلاء أو تعقيبا على التربص، فان الله غفور رحيم لما حدث منهم من اليمين على الظلم، وعقد القلب على ذلك بسبب الفيئة التي هي التوبة[3].

ولقراءة ابن مسعود (فان فأوا فيهن) فان هذه القراءة وان كانت شاذة، الا أنها تُرجح كون الفيء في المدة، لان الراوي أنما يقرأها خبرا عن صاحب الوحي قرانا، فانتفاء القرآن ية لعدم الشرط وهو التواتر أنتفاء للأخص وهو لا يستلزم أنتفاء الاعم (الخبرية)، فدار الامر بين كونها قرانا أو خبرا عن صاحب الوحي.[4] فاذا أنتفت القرآن ية بقيت الخبرية، لان ذلك دوران بين الحجية على وجه وبينها على وجه آخر لا بين الحجية وعدمها.

٣ـ وأمّا وقوع الطلاق تلقائيا بمجرد أنتهاء مدة التربص، فلما روى قتادة عن علي وابن مسعود وابن عباس أنهم قالوا: اذا مضت أربعة اشهر فهي تطليقة، وهي أحق بنفسها وتعتد عدة المطلقة. واخذ بهذا الرأي عطاء وجابر بن زيد وعكرمة وسعيد بن

---

[1] بدائع الصنائع ١٩٦٢/٤.

[2] راجع فتح شرح القدير ١٨٣/٤. وما بعدها.

[3] المرجع السابق.

[4] المرجع السابق.

المسيب وأبو بكر بن عبدالرحمن ومكحول. وأخرجه الدارقطني عن الشعبـي والنخعي ومسروق والحسن وابن سيرين وقبيصة وسالم وابن سلمة. فقولهم به دليل على رجحانه لديهم. ولان الايلاء كان طلاقا معجلا في الجاهليـة فجعلـه الشـرع طلاقـا مـؤجلا، والطلاق المؤجل يقع بنفس أنقضاء الاجل من غير ايقاع أحد بعده، كما قال لهـا أنـت طالق رأس الشهر[1].

المالكية:

قال المالكية: تكون النتيجة كما يلي[2]:

١ـ اذا طلبت زوجة المولي الفيئة بعد اجل الايلاء فامتنع عن الفيء والطلاق، فان الحاكم يوقع عليه طلقة يملك المولي فيها الرجعة قبل أنتهاء العدة، بشرط أنحلال اليمين عنه في المدة، وانحلالها يكون بالوقاع وبالتكفير فيها وبتعجيل الحنث بها.

٢ـ وان وعد بالفيء فالحاكم يمهله الى ثلاث مرات فان لم يفعل طلق عليه.

٣ـ اذا رضيت بالمقام معه بعد الاجل بلا وقاع أو اسقاط حقها من الفيئة، ثم رجعت وطالبت به، فعندئذ لا يُضرب له الاجل، بل أمّا أن يفيء أو يطلق عليها الحاكم، لشدة الضرر ودوامه، فكانها أسقطت ما لم تعلم قدره.

٤ـ ونقل أشهب عن مالك أنها تبين بانتهاء المدة، وبذلك يتفق مع الحنفية ولعل هذا مبني على الرواية غير المشهورة عنه من أن مدة الايلاء اربعة اشهر.

الشافعية:

يمهل المولي أربعة اشهر من وقت الايلاء ولا حاجة الى ضرب القاضي، فاذا مضت بلا أنحلال اليمين وبلا عذر، فلها المطالبة بالوقاع أو الطلاق، أن لم يكن فيها مانع وما لم تطلب الزوجة لم يؤمر الزوج به، ولا يبطل حقها بالتأخير، فاذا طولب الزوج بأحد الامرين فأبى طلق عليه القاضي طلقة رجعية واحدة[3].

---

[1] بدائع الصنائع، المرجع السابق.

[2] راجع شرح الخرشي ٩١/٤ وما بعدها.

[3] راجع الانوار ٢٩٣/٢.

الحنابلة:

قالوا: اذا صح الايلاء وضربت له مدة اربعة اشهر من وقت اليمين، فان كان بالرجل عذر يمنعه من الوقاع احتسب عليه بمدته، واذا كان لعذر بها كصغرها وجنونها ومرضها وحبسها... لم يُحسب عليه.

وقيل يُحتسب كالحيض. وقال في الوجيز تُضرب مدته من اليمين سواء كان في المدة مانع من قبلها أو من قبله. وبعد أنتهاء الاجل اذا اعفته المرأة سقط حقها على المذهب، وعليه جماهير اصحاب احمد. وان لم تعفه امر بالطلاق، فان طلق واحدة فله رجعتها. وهذا هو المذهب وعليه جماهير الأصحاب. فان لم يطلق حبس وضيق عليه حتى يطلق في احدى الروايتين. وفي الاخرى يطلق عليه القاضي. قال صاحب الانصاف: وهو المذهب. وقال في الفروع وهذا اظهر واختاره الخرقي، والقاضي في التعليق وابو خطاب وغيرهم[1].

الجعفرية:

قالوا: اذا أنقضت مدة التربص لم تطلق بانقضاء المدة وليس للقاضي طلاقها، وتبدأ المدة من الترافع لا من حين الايلاء، خلافا لبعضهم ولو طلب الزوج الاهمال أهمل ما جرت العادة به، فإذا أصر على الامتناع ثم رافعه يخيره الحاكم بين الفيئة والطلاق، ولا يجبر على احدهما بعينه، فان امتنع حبسه وضيّق عليه في المطعم والمشرب حتى يُكفّر ويفيء أو يطلّق، واذا طلق وقع رجعيا حيث لا سبب للبينونة، واذا اقترن بها في مدة الايلاء لزمته الكفارة اجماعا وبعدها تختلف فيها[2]. وجاء في مستدرك الوسائل[3] اذا أبى أن يطلّق بعد المدة ولم يفيء، حبسه الأمّام وضيّق عليه في المطعم والمشرب، فان ابى فله قتله لامتناعه عن أمّام المسلمين.

الزيدية:

قالوا: الايلاء متى تكاملت قيوده وتوفرت عناصره أوجب للزوجة حق المطالبة بالفيء، اجماعا، ويوقف الزوج بعد أربعة أشهر حتى يطلّق أو يفيء لظاهر الاية. واذا وعد بالفيء،

---

[1] راجع الانصاف ١٨٣/٩. وما بعدها. منتهى الارادات ٣٢١/٢.

[2] راجع شرائع الاسلام ٨٤/٢. رياض المسائل كتاب الطلاق.

[3] مستدرك الوسائل كتاب الايلاء ٢٢٩/٣.

أهله القاضي الى يومه. ولا يطلق عليه عند الزيدية.[1] جاء في التاج المذهّب[2] (ورافعته الى الحاكم بعد مضي اربعة اشهر ويحبس الزوج أن إمتنع حتى يطلق أو يفيء). والطلاق عندهم يكون رجعيا.

الظاهرية:

قالوا: يجب على الحاكم أن يوقفه ويأمره بوقاعها سواء طلبت المرأة ذلك أم لا. رضيت أو لم ترض. فان فاء في الاجل فلا سبيل عليه، وان أبى لم يعترض حتى تنتهي المدة، فعندئذ اجبره الحاكم بالسوط على أن يفيء فيواقع أو يطلق حتى يفعل احدهما كما امر الله أو يموت قتيل الحق الى مقت الله. الا أن يكون عاجزا عن الوقاع فلا يجوز تكليفه ما لا يطيق لكن يكلفه أن يفيء بلسانه، ويحسن الصحبة والمبيت.

ومن المستغرب أن الظاهرية والجعفرية يبيحون قتل الزوج على يد الحاكم، في حين أنهم لا يُجوزون نيابته عنه في ايقاع طلاقه. وكثيرا ما يطعن ابن حزم بالائمة الكرام، ويتهمهم باتخاذ آراء غير سديدة وينسى نفسه في هذه المجالات.

ويرى الظاهرية أن للحاكم اتخاذ الاجراءات المذكورة وان لم تطلب المرأة بحقها، لانه حق الله في عبده لا لها، وقد قال رسول الله ﷺ ((من رأى منكم منكرا فليغيره بيده..الحديث))[3].

الاباضية:

ظاهر كلامهم أن رأيهم يتفق مع رأي الحنفية في أن الطلاق يقع بمجرد أنتهاء المدة. جاء في شرح النيل[4] وان لم يمسها حتى مضت أربعة أشهر بانت.

وجاء في جوهر النظام:

وبعد أن تخرج من ذاك الامد ... حـل زواجها لمن لها ورد

وصار زوجـــها من الخطـاب ... لا يتقدمن على الاصحـاب[5]

وارى أن حكمة تشريع حكم الايلاء ومصلحة المرأة تقضيان أن تطلب الزوجة عن طريق القضاء الفيئة أو التطليق، فان رفض الزوج كلا الامرين دون مبرر ينوب عنه القاضي

---

[1] الروض النضير ١٩٠/٤. الروضة الندية ٦٤/٢. البحر الزخار ٢٤٤/٣ وما بعدها.

[2] التاج المذهب ٢٥٦/٢.

[3] راجع المحلى ٤٣/١٠. وما بعدها.

[4] شرح النيل ٤٤٦/٣.

[5] جوهر النظام ٢٣٥/٢

فيطلق عليه طلقة واحدة بائنا، وذلك لتخليص الزوجة من ظلم الزوج وإزالة الضرر عنها. وان هذا الحق لا يسقط بالتأخير وسكوتها أو اعفائها له، ما دامت متضررة من جراء هذا العمل السلبي.

وهذه الفكرة وان لم يقل بها مذهب معين، الا أنها تؤخذ من مجموع ما ذهب اليه الفقهاء، كما يتضح ذلك من استعراضنا لارائهم.

موقف القانون:

من المؤسف أن قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية والاسلامية لحد الان لا تعرف الايلاء وأحكامه، ولكنها تطرقت لموضوع الهجر كسبب من أسباب التفريق القضائي. فالمادة (٤٣/٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل تنص على أن للزوجة طلب التفريق اذا هجرها زوجها مدة سنتين فاكثر بلا عذر مشروع، وان كان الزوج معروف الاقامة وله مال تستطيع الانفاق منه.

المبحث العاشر

طلاق النائب

النيابة :

إمَّا اتفاقية: تتم بمقتضى ارادة الطرفين ويملك كل حق التصرف فيما تم الاتفاق عليه كالوكالة، وهي اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف يملك التصرف فيه.

وإمَّا شرعية: مقررة بارادة الشرع كالولاية الخاصة للولي والوصي على القاصر.

وإمَّا قضائية: تكون بموجب الولاية العامة للقاضي فينوب عن القاصر في بعض التصرفات التي تقتضيها الضرورة أو مصلحة القاصر ومنها الطلاق.

وبناء على ذلك طلاق النائب إمَّا أن يكون عن طريق الوكالة أو الولاية ونتناول كلتا الطريقتين في الفرعين التاليين:

الفرع الأول
التوكيل في الطلاق

اختلف الفقهاء في التوكيل في الطلاق: فقال الجمهور بجوازه، وقال الظاهرية بعدم صحته.

أـ ذهب جمهور فقهاء المسلمين الى أن الزوج كما يملك أن يطلّق مباشرة، له الحق في أن يوكّل غيره عنه في ذلك. وللوكيل أن يطلّق في أيّ وقت، وفي أيّ مكان ما لم يقيده الموكّل بوقت أو مكان، وما دامت الوكالة قائمة. وللموكّل عزله قبل التطليق، كل ذلك مع الخلاف في بعض التفصيلات الجزئية كما يلي:

الحنفية:

قال ابن الهمام: (الوكيل بالطلاق اذا لم يكن بمال لا ينعزل بطلاق الموكل سواء أطلّقها الموكل بائنا أم رجعيّاً؟ فللوكيل أن يطلقها بعد ذلك ما دامت في العدة. واذا انقضت عدتها ينعزل، حتى لو تزوجها الموكل بعد العدة لا يقع طلاق الوكيل عليها، بخلاف ما لو تزوجها قبل أنقضاء العدة فيما اذا كان الطلاق بائنا فانه لو طلّقها الوكيل وقع عليها)[1].

المالكية:

يجوز الطلاق بالتوكيل، وللموكّل عزل الوكيل قبل التطليق، فلا يقع بعده سواء علم بعزله أم لا. وما قاله الاستاذ محمد سلام مدكور من أن: (له أن يعزله من الوكالة خلافا للمالكية الذين لا يجيزون له حق العزل لانه أمر تعلق به حق الزوج)[2]، قول غير سليم يدل على عدم استيعاب هذا الاستاذ الفاضل لرأي المالكية حيث جاء في الشرح الصغير: (وله ـ اي للزوج ـ عزل وكيله قبل فعل ما وكل عليه الا لتعلق حقها بان قال لها: أن تزوجتُ عليك فأمرك أو أمر الداخلة (الزوجة الجديدة) بيدك توكيلا، وتزوج عليها فليس له عزلها عنه)[3].

---

[1] شرح فتح القدير ٣/٤٩٤.

[2] احكام الاسرة في الاسلام للدكتور سلام مدكور ٢/٩٠.

[3] الشرح الصغير مع حاشية الصأوي ٢/٤٣٦. وورد نفس المضمون في شرح الخرشي ٤/٦٩ـ٧٠.

اذا قول المالكية بعدم جواز عزل الوكيل ورد بصدد حالة خاصة فقط. أمّا في غير هذه الحالة فلا فرق بين رأيهم ورأي الجمهور في جواز عزل الوكيل قبل الطلاق.

الشافعية:

وهم كالجمهور قالوا: بالتوكيل في الطلاق ويقع به ما لم يخالف الوكيل شروط الموكّل. ففي الانوار: (لو قال وكلتك في طلاقها بحضور فلان، أو في بلد كذا، أو يوم كذا، أو طلقها اذا سألت، أو شاءت، فخالف لم تُطلق. ولو طلّقها ثلاثا فطلقها واحدة وقعت. ولو قال طلقها واحدة فطلقها ثلاثا بلفظ واحد لم تطلق، وبثلاثة ألفاظ تقع واحدة)[1].

الحنابلة:

للحنابلة تفصيل قد يختلف مع الجمهور في الرجوع عن الوكالة، وهم يعتبرون بعض تصرفات المعاشرة عزلا للوكيل. وقال المرداوي: (واذا وكل في الطلاق من يصح توكيله صح طلاقه وله أن يطلق متى شاء الا أن يحد له الزوج حدا.

والصحيح من المذهب أن(الوطء (المعاشرة الجنسية) مع الزوجة عزل للوكيل، وعليه الأصحاب. وفي بطلانها بقبلة خلاف)[2]. وقال أيضا: (وتقبل دعوى الزوج أنه رجع عن الوكالة قبل ايقاع الوكيل الطلاق عنه عند أصحابنا)[3].

الجعفرية:

وهم يتفقون مع الجمهور في جواز التوكيل في الطلاق بالنسبة الى الغائب، أمّا اذا كان الزوج حاضرا فالصحيح عندهم جائز ايضا، وفي مقابل هذا لهم قول يتفق مع الظاهرية في حالة عدم غياب الزوج. وهم يشترطون لوقوع الطلاق بالتوكيل الاشهاد على ذلك وقت التوكيل، لان الطلاق في رأيهم لا يقع بدون الشهود.

قال الكليني: (عن ابي عبد الله سألته عن رجل جعل أمر إمرأته الى رجل، فقال: أشهدوا أني جعلت امر فلانة الى فلان أيجوز ذلك للرجل؟

قال: نعم. وروى أنه لا تجوز الوكالة في الطلاق)[4].

---

[1] الانوار للاردبيلي ٢/ ٩٣.

[2] الانصاف ٨/٤٤٤. وورد نفس المضمون في الاقناع ٤/٥.

[3] الانصاف المرجع السابق ٨/٤٤٦.

[4] الكافي للكليني ٦/١٢٩.

وفي ايضاح الفوائد[١]: (ذهب الشيخ في النهاية الى أنه لا يصح توكيل الحاضر في الطلاق). وفيه أيضا: (عن الصادق لا تجوز الوكالة في الطلاق. وحملها الشيخ على الحاضر جمعا بين الأدلة)[٢].

الزيدية:

يتفق رأيهم مع الجمهور لكنهم يشترطون أن يضيف الوكيل صيغة الطلاق الى الموكّل قياسا على الزواج[٣].

ب ـ **قال الظاهرية:** لا يجوز الطلاق بالتوكيل لانه لم يثبت بنص ولا بعمل السلف من الصحابة والتابعين، ولان القرآن كلما ذكر الطلاق خاطب به الازواج.. ولان نظيره لا يصح بالتوكيل كالايلاء واللعان والظهار...

قال ابن حزم: (لا تجوز الوكالة في الطلاق لان الله عزوجل يقول: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾. فلا يجوز عمل احد عن أحد الا حيث أجازه القرآن أو السنة الثابتة عن رسول الله ﷺ. ولا يجوز كلام أحد عن كلام غيره الا حيث أجازه القرآن أو سنة رسول الله. ولم يأت في طلاق أحد عن أحد بتوكيله إياه قران ولا سنة فهو باطل. والمخالفون لنا أصحاب قياس بزعمهم وبالضرورة يدري كل أحد أن الطلاق كلام والظهار كلام واللعان كلام والايلاء كلام. ولا يختلفون في أنه لا يجوز أن يظاهر أحد عن أحد ولا أن يلاعن أحد عن أحد ولا أن يولي عن أحد، لا بوكالة ولا بغيرها، فهلا قاسوا الطلاق على ذلك؟ ولكن لا النصوص يتبعون ولا القياس يحسنون)[٤].

منشأ الخلاف:

منشأ خلاف الفقهاء في جواز الطلاق عن طريق التوكيل هو اختلافهم في الأخذ بالقاعدة الأصولية القائلة: (الاصل في عمل الانسان هو الصحة ما لم يقم دليل على خلاف ذلك)

---

(١) ٣/٢٩٢.

(٢) المرجع السابق ٣/٢٩٣.

(٣) البحر الزخار ٤/١٦٥.

(٤) لمزيد من التفصيل راجع المحلى ١٠/١٩٦.

المتفرعة عن قاعدة (الأصل في الأشياء الإباحة). فالجمهور لم يثبت لديهم دليل شرعي يمنع التوكيل في الطلاق، لذا قالوا بصحته اخذاً بالقاعدة المذكورة.

ولكن الذي استقر عليه راي الظاهرية هو: (ان الاصل في عمل الانسان البطلان ما لم يجزه القرآن أو سنة ثابتة، أو إجماع الصحابة) لأنهم لايعترفون باجماع غير الصحابة حيث لم ينعقد بعدهم على حد ظنهم.

الترجيح:

الراجح هو قول الجمهور لعدم ثبوت دليل يمنع التوكيل في الطلاق. ولكن مصلحة استقرار الحياة الزوجية تقتضي منع التوكيل في الطلاق الا بالنسبة للغائب أو العاجز عن الحضور بنفسه أمّام القضاء، ووضع غرامة مالية على كل من يخالف ذلك، لا لان الطلاق لا يقع بالتوكيل، وانما لتقليل نطاق حوادث الطلاق البغيض عند الله ورسوله.

موقف القانون:

اخذ التعديل الخامس رقم (١٥٦) لسنة ١٩٨٠ لقانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل بمذهب الظاهرية في عدم جواز التوكيل في الطلاق وإجراءاته، الا للزوجة نفسها، فللزوج أن يفوّضها أو يوكلها بأن تطلّق نفسها أن شاءت ذلك.

ففي المادة الأولى من هذا التعديل جاء ما يلي: (تلغى المادة الرابعة والثلاثون[1] من قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩المعدّل ويحل محلها ما يأتي:

أولاً ـ الطلاق رفع قيد الزواج بايقاع من الزوج أو من الزوجة إن وكلت به أو فوّضت، أو من القاضي. ولا يقع الطلاق الا بالصيغة المخصصة له شرعاً.

ثانياً ـ لا يعتد بالوكالة في اجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم في ايقاع الطلاق.

المادة الثانية: لا يعمل بأيّ نص يتعارض مع أحكام هذا القانون.

[1] نص المادة الملغاة: (المادة الرابعة والثلاثون ـ الطلاق رفع قيد الزواج بايقاع من الزوج أو وكيله، أو من الزوجة أن وكلت به أو فوضت أو من القاضي. ولا يقع الطلاق الا بالصيغة المخصصة له شرعا). الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) العدد (٢٧٩٥) السنة (٢٣) ٢٢/أيلول/١٩٨٠.

الفرع الثاني
الولاية في الطلاق

المقصود من الولاية هي الولاية الخاصة (ولاية الولي أو الوصي)، والولاية العامة (ولاية القاضي). اختلف فقهاء الشريعة في حكم الطلاق عن طريق الولاية على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: لا يحق للولي بالولاية الخاصة[1] أن يطلّق زوجة القاصر الذي تحت ولايته صغيرا كان أو مجنونا أو من في حكمهما، على الرغم من جواز التزويج بهـذه الولايـة عنـد الجمهور. وهذا الرأي استقر عليـه فقهـاء الحنفيـة، والشـافعية، والحنابلة في روايـة، والزيدية، والظاهرية.

الحنفية:

قالوا: لا يصح الطلاق من الولي، ففي الصغير يُنتظر الى بلوغه، وأمّا في المجنون ونحوه فاذا تضررت زوجته من معاشرته رفعت امرها الى القاضي طالبة منه الفراق وللقاضي أن يطلّق لدفع الضرر عنها[2].

الشافعية:

يتفقون مع الحنفية في أن من شروط صحة الطلاق أن يكون من الزوج أو وكيله، وفي أن زوجة المجنون، القاضي يفرق بينها وبينه اذا دعت ضرورة الى ذلك بناء على طلب الزوجة. يقول الشيرازي: (ولا يجوز للأب أن يطلق إمرأة الابن الصغير بعوض وبغير عوض... أمّا زوجة المجنون فانها إن قدّمت طلبا الى القاضي تطلب فيه التفريق فللقاضي أن يفّرق بينهما[3]...).

وقال ايضا: (ان وجدت المرأة زوجها مجنونا ثبت لها الخيار، والخيار على الفور ولا يجوز الفسخ الا عند الحاكم لانه مختلف فيه)[4].

---

[1] ولا يحق للوصي ذلك ايضا.

[2] المبسوط للسرخسي ١٧٨/٦.

[3] المهذب ٧١/٢.

[4] المهذب ٤٨/٢.

الحنابلة:

في رواية لهم لا يقع الطلاق الا من الزوج لقول النبـي ﷺ: ((انما الطلاق لمن اخذ بالسـاق))[1]، ولانه اسقاط لحقه فلم يملكه كالابراء من الدين واسقاط القصـاص، ولانه طريق الشهوة فلم يدخل في الولاية[2].

الزيدية:

يتفق الزيدية مع رأي الجمهور في عدم صحة الطلاق بالولاية الخاصة. ففي التاج المذهّب: (ولا من ولي الصبـي والمجنون ولا من السيد في طلاق زوجة عبده بالولاية)[3]. وفي البحر الزخار: (ولا يصح الطلاق من غير الزوج ولو أباً عن ابنه الصغير لقول النبـي ﷺ ((الطلاق لمن اخذ بالساق))[4].

الظاهرية:

فقهاء الظاهرية يقولون لا زواج للصبـي حتى يكون له الطلاق.

يقول ابن حزم: (ولا يجوز للأب ولا لغيره نكاح الصغير الذكر حتى يبلغ، فان فعل فهو مفسـوخ أبدا. وأجازه قوم ولا حجة لهم الا قياسه على الصغيرة والقياس كله باطل)[5].

الرأي الثاني: هو القول بصحة طلاق الولي أبًا كان أو جدًا وهو مـا ذهـب اليـه المالكيـة وقول لفقهاء الحنابلة.

المالكية:

قالوا: بصحة الطلاق من الولي اذا كان أبا بالاتفاق[6] سواء كان مجانا أو مقابل عوض، والجد له حكم الاب عند عدمه ولكنهم لم يتفقوا على صحة طلاق الوصي.

---

[1] ابن ماجة: ٢٠٧٢.
[2] المغني والشرح الكبير ٨٧/٧ وما بعدها. المحرر ٥٠/٢.
[3] التاج المذهب ١١٨/٢.
[4] البحر الزخار ٦٥/٣.
[5] المحلى ٤٦٢/٩.
[6] اي باتفاق فقهائهم.

ففي المنتقى: (أمّا الصغير فيجوز أن يخالع عنه اب لا وصي، لأنه يملك الطلاق)[1].
وقال الخرشي: (وموجبه زوج مكلف ولو سفيها أو ولي صغير. وفي صحته من الوصي خلاف)[2].
والمشهور من مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك أنه ليس ذلك لأحد الا للأب)[3].

الحنابلة:

يفهم من أحد قولي الحنابلة أنّ للولي أن يطلّق زوجة القاصر بصغر أو جنون أو عته اذا دعت الحاجة.

يقول ابن قدامة: (وهو قول عطاء وقتادة لان ابن عمر طلق على ابن له معتوه. رواه الأمام احمد. وعن عبدالله بن عمر: أن المعتوة اذا عبث بأهله طلّق عليه وليّه)[4].

الرأي الثالث ـ التفصيل: وهو ما ذهب اليه فقهاء الجعفرية فقالوا: يطلّق الولي أبا كـان أو جدا عن المجنون المُطبق اذا دعت مصلحة الى ذلك واتصل جنونه بصغره. واذا جن بعد البلوغ أو لم يوجد الولي فالحاكم هـو الـذي يتـولى التطليـق ولـيس للـولي ولا للحاكم التطليق على الصبي والمجنون ذي الادوار، بل ينتظـر في الصبــي البلـوغ وفي المجنون الافاقة.

وعللوا هذا التفريق بأن الصبـي له امد يرتقب ويزول فيه نقصه، وكذلك المجنون ذو الادوار. كما استندوا الى ما نقلوه من الاحاديث منها: (الاحمق الذاهب العقـل يجـوز طلاق وليه عنه). (والمعتوة يطلق عنه وليه). وقد أبقوا حكم الصبـي علـى الاصـل القائل (الطلاق لمن اخذ بالساق). هذا راي اكثرهم. وقال جماعة مـنهم بجـواز تطليـق الحاكم عن المجنون مطلقا دون تفريق بين الجنون المطبـق والـدوري. والمعتـوه عنـدهم كالمجنون. وبالاضافة الى ذلك قالوا: لزوجة المجنون أن تفسخ زواجها بنفسـها[5].

---

[1] المنتقى شرح الموطأ ٦٦/٤.

[2] شرح الخرشي ١٧/٤.

[3] المنتقى المرجع السابق.

[4] المغني ٨٧/٧ وما بعدها.

[5] شرائع الاسلام ٥٣/٢ . الكافي ١٢٥/٦. الروضة البهية ١٤٨/٢. مستدرك الوسائل جـ ٢ الباب (٢٥-٢٧).

منشأ الخلاف:

منشأ خلاف الفقهاء في هذه القضية هو اختلافهم في شمولية الولاية الخاصة لما يدخل في نطاق الحقوق الشخصية المحضة من جهة، ومن جهة أخرى الاختلاف في مدى التمسك ببعض الاثار التي تحصر حق الطلاق في صلاحية الزوج أو وكيله. ثم الاختلاف في التفريق بين قاصر يتوقع زوال نقص أهليته وبين من لا يتوقع منه ذلك.

ففي نظر المالكية الولاية تشمل الشؤون المالية وغير المالية لوفرة شفقة الولي (الاب أو الجد) ولرعاية مصلحة القاصر. في حين ذهب الآخرون الى أنّ رابطة الزوجية ذات طبيعة خاصة تأبى خضوعها لولاية الأب أو الجد. فاذا دعت ضرورة الى فصم هذه الرابطة يرفع الطلب من الزوجة الى القضاء للنظر في أمرها.

الترجيح:

أرى أن الراجح هو عدم اعطاء الولي سلطة التطليق. كما أدعو الى الأخذ بمذهب الظاهرية في منع زواج الصغير، وبذلك لا تكون هناك مشكلة طلاقه، والعمل بقول ابن شبرمة ومن والاه في عدم جواز زواج الصغير[1] لان الحياة تعقّدت ومتطلباتها تغيّرت والنفوس تبدلت. أمّا بالنسبة الى طلاق المجنون ومن في حكمه فان القواعد العامة تقضي بان ممارسة هذا الحق تتعلق بأهلية المدعي دون المدعى عليه فاذا كانت زوجة المجنون أو للمعتوه بالغة عاقلة ورفعت الدعوى على زوجها طالبة من القضاء التفريق للضرر فعلى القاضي أن يتولى التفريق نيابة عن الزوج لرفع الضرر حيث تعذّر الإمساك بالمعروف.

موقف القانون:

حدد المشرع العراقي في المادة السابعة أهلية الزواج باكمال الثامنة عشرة من العمر بالنسبة لكل من الزوجين حيث نصت الفقرة الأولى منها على أنه: (يشترط في تمام أهلية

---

[1] المحلى ٩/٤٦٢ وفيه: (قال ابن شبرمة: لا يجوز أنكاح الأب إبنته الصغيرة حتى تبلغ وتأذن. ولن زواج الرسولﷺ من عائشة وهي صغيرة كان من اختصاصه ولا يقاس عليه..).

الزواج العقل واكمال الثامنة عشرة)[1]. واعتبر ذلك اصلا ثم استثنى من هذا الاصل ما ورد في المادة الثامنة من أنه: (اذا طلب من اكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج فللقاضي أن يأذن به اذا ثبت له أهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليه الشرعي).

وبناء على ذلك سوف لا يعرض على القضاء مشكلة طلاق الصبي والصبية.

وفي المادة الثالثة والاربعين الفقرة السادسة اعطى المشّرع العراقي الحق للزوجة أن تطلب التفريق القضائي بطلب تقدمه الى القاضي مع اثبات الجنون. وأقرت المادة (١٠٥) من القانون السوري حق طلب التفريق اذا جنّ الزوج بعد العقد. وحدّد القانون الجزائري في (م٣) أهلية زواج الرجل باكمال الثامنة عشرة وأهلية المرأة باكمال السادسة عشرة. واعطى للزوجة طلب التفريق للضرر في (م٤٥).

ونص الفصل السادس من القانون المغربي على أنه: (يجب أن يكون كل من الزوجين عاقلا بالغا خلواً من الموانع الشرعية). واقر الفصل الرابع والخمسون طلب التفريق القضائي للجنون.

ونص الفصل السادس من القانون المغربي على أنه: (يجب لأهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين وأن يتم الخاطب سنة الثامنة عشرة وأن تتم المخطوبة الخامسة عشرة من العمر. وأعطت المادة (١١٥) الحق للزوجة في طلب التفريق من القاضي اذا ثبت أن الزوج مصاب بعلة غير قابلة للزوال.

---

[1] من قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.

الفصل الرابع
المطلقة ، وطلاق الحائض، والمفوضة

سبق ما يتعلق بالركن الأول (الصيغة) في الفصل الثاني من الاحكام، وما يتصل بالركن الثاني (المُطلِّق) في الفصل الثالث. ونتولى استعراض الاحكام الخاصة بالركن الثالث (المُطلَّقة) في هذا الفصل ونحاول الاقتصار على امور ثلاثة: محل الطلاق، وحكم طلاق الحائض، وحكم طلاق المفوضة، وذلك في المباحث الثلاثة التالية.

المبحث الأول

محل الطلاق

اتفق الفقهاء في هذا الموضوع على أمرين:

الأول: أن الزوجة القائمة زوجيتها الصحيحة حقيقة محل للطلاق ولو قبل الاقتران بها اذا لم تكن متلبسة بمانع من حيض أو نفاس.

والثاني: أن المرأة غير المرتبطة برجل بزواج صحيح حقيقة أو حكما لا اعتداد بتطليقها طلاقا منجزا من قبل هذا الرجل قبل أنشاء علاقة الزوجية بينهما.

واختلفوا في امور منها: تطليق الرجعية قبل رجعتها. ومنها: تطليق البائنة بينونة صغرى. ومنها: تعليق طلاق إمرأة قبل الزواج منها بما يتحقق بعد الزواج. وسنعرض وجهة نظر الفقهاء فيما اختلفوا فيه ويتجلى في هذا الاستعراض مدى سلطة الزوج في التطليق بالنسبة الى محل الطلاق.

الحنفية:

قالوا: محل الطلاق هي الزوجة الحقيقية أو الحكمية، وتدخل تحت الحكمية المعتدة من الطلاق الرجعي، والبائن بينونة صغرى، والمعتدة لفرقة هي طلاق كالفرقة بالايلاء، والعنة، والمعتدة من فرقة بسبب ردة أحد الزوجين أو اباء الزوجة المشركة الاسلام.

قال السرخسي[1] لو قال بعد الخلع أو التطليقة البائنة لها في عدتها: أنت طالق يقع الطلاق عليها عندنا، لقوله تعالى: ﴿فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾. ثم قال بعده: (فان طلّقها) وحرف الفاء للوصل والتعقيب فيكون هذا تنصيصاً على وقوع الطلقة الثالثة بعد الخلع ولقول النبي ﷺ ((المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة))[2].

وفي تعليق الطلاق قبل الزواج فرقوا بين المضاف الى وقت يملك فيه الطلاق، كأن يقول لإمرأة: أن تزوجتك فانت طالق، أو كل إمرأة اتزوجها فهي طالق. وبين ما لم يضفه الى ذلك بان يقول لمن لا ترتبط به بعلاقة زوجية: إن ذهبتِ الى السينما ـ مثلا ـ فانت طالق،

---

[1] راجع المبسوط للسرخسي ٦/٨٣.

[2] رواه ابو سعيد الخدري وغيره، المرجع السابق ٦/٨٤.

ثم تزوج منها فذهبت الى السينما. فقالوا: يقع الطلاق الأول دون الثاني، لانه لم يوقع الطلاق في نكاح، ولا أضافه اليه[1].

وأرى أن هذا التفريق يتعارض مع أصلهم في التعليق بالشرط، من أنه اذا علّق الطـلاق بالشرط صار عند وجود الشرط كالمتكلم بالطلاق في ذلك الوقت. فاذا وجد الشـرط والمرأة تحت عصمته وقع الطلاق[2]. ثم أن الفرق غير سديد، والأوجه عدم صحته مطلقا، لعدم قيـام الزوجية الصحيحة حقيقة أو حكما وقت أنشاء الطلاق.

· المالكية:

عندهم أن المعتدة التي يلحقها الطلاق هي المعتدة من طلاق رجعي فقط، لانها في حكـم الزوجة بخلاف غيرها.

جاء في المنتقى[3]: (ولما كانت المختلعة لا يلحقها الطلاق في العدة لم يلحقها الطلاق الذي حال بينه وبين الطلاق الأول صمت). أمّا في التعليق قبل الزواج فهم كالحنفية في التفريق بين الطلاق المضاف الى الزواج وغير المضاف اليه، ففي الأول: (كان تزوجتك فانت طالق) يقع أن تزوجها، وفي الثاني (كان كلّمتِ فلانا فانـت طـالق) لا تـاثير لـه اذا كلمتـه بعـد الـزواج. ويختلفون معهم في حال عدم تعيين المرأة، فقوله (كل إمرأة اتزوجها طالق) لغو عنـدهم لما يترتب عليه من الحاق الضرر بنفسه.

جاء في الموطّأ[4] عن مالك أنه بلغه أنّ عبدالله بن مسعود كان يقول فـيمن قـال: (كـل إمرأة أنكحها فهي طالق) أنه اذا لم يسم قبيلة أو إمرأة بعينها فلا شيء عليه. قـال مالـك وهذا احسن ما سمعت). وعلق عليه المنتقى[5] بانه مذهب مالك. وبه قال النخعي والشعبـي والأوزاعي. لان مالكا يقول اذا سد على نفسه باب الاستمتاع لم يلزمه شيء والا لزمه ذلك.

وفي رواية غير مشهورة عن مالك رواها ابن وهب[6]: (انه أفتى رجلا قال إن تزوجت فلانة فهي طالق أنه لا شيء عليه أن تزوجها).

---

[1] راجع الجوهرة ١١٠/٢.
[2] راجع المرجع السابق.
[3] المنتقى شرح الموطأ ٦٨/٤.
[4] المرجع السابق ١١٥/٤.
[5] المرجع السابق.
[6] المرجع السابق.

وأرى أن هذه الرواية سديدة فيجب الأخذ بها لما قلنا من عدم قيام الزوجية الصحيحة حقيقة أو حكما.

الشافعية:

قالوا: لا يصح الطلاق قبل الزواج لا تنجيزا كقوله لمن لم ترتبط به بعلاقة زواج أنت طالق، ولا تعليقا كان تزوجتك فانت طالق، أو أن تزوجت فلانة أو كل إمرأة اتزوجها فهي طالق، فاذا تزوجها لم يقع الطلاق لا في المعينة ولا في غيرها، واذا حكم حاكم بوقوعه فللشافعي نقضه[١].

وفي المعتدة التي يلحقها الطلاق أخذوا بما ذهب اليه المالكية من أنها هي للعتدة في طلاق رجعي، فمحل الطلاق عندهم هي الزوجة الحقيقية أو الحكمية التي تتمثل في المطلقة رجعيا فقط. ولا يلحق الطلاق غيرها[٢].

غير أن للشافعي في خلع الرجعية قولين[٣]: قال في الأمّ يجوز لبقاء النكاح. وقال في الإملاء لا يجوز، لأن الخلع للتحريم وهي محرمة.

الحنابلة:

ذهبوا الى ما أخذ به المالكية، والشافعية من أنّ محل الطلاق هي الزوجة الحقيقية أو المعتدة في طلاق رجعي، جاء في المغني[٤] والرجعية زوجة يلحقها طلاقه. وهم يتفقون مع الشافعية في أن الزوج لا يملك الطلاق قبل الزواج ولو تعليقا. جاء في منتهى الارادات[٥]: (ولا يصح الا من زوج فان تزوجت ـ أو عين ـ فهي طالق، لم يقع بتزويجها، وإن قُمتِ فانتِ طالق وهي أجنبية[٦] فتزوجها ثم قامتْ لم يقع).

---

[١] راجع حاشية البيجوري ١٥٣/٢. المهذب ٧٧/٢.

[٢] راجع المهذب ١٠٢/٢.

[٣] راجع نهاية المحتاج ٤٣٩/٦ وما بعدها.

[٤] المغنى والشرح الكبير ٤٧٧/٨.

[٥] منتهى الارادات ٢٨٠/٢، ٣١٢.

[٦] المقصود بها من لم تربط بالمطلق بعلاقة زوجية.

الجعفرية[1]:

لا تكون المرأة محلا للطلاق عندهم الا اذا توافرت فيها شروط خمسة وهي:

١ـ أن تكون زوجة، فلا يصح لو قال إن تزوجتُ فلانة فهي طالق. والرجعية لا يلحقها طلاق عندهم، لان من شروط صحة الطلاق بعد الطلاق تخلل الرجعة بين الطلقتين. فاذا أراد تطليق المطلقة رجعيا فيجب عليه أن يراجعها ثم يطلقها مع مراعاة الشروط الأخرى.

٢ـ أن يكون العقد دائما فلا يقع طلاق المتمتع بها.

٣ـ أن تكون طاهرة من الحيض والنفاس ويعتبر هذا في المدخول بها الحائل الحاضر زوجها.

٤ـ أن تكون مستبرئة، فلو طلّقها في طهر واقعها فيه لم يقع طلاقه ويسقط اعتبار ذلك في اليائسة، وفيمن لم تبلغ الحيض وفي الحامل. والمستبرأة يشترط أن يمضي عليها ثلاثة أشهر، فلو طلّقها قبل هذه المدة لم يقع طلاقها.

٥ـ تعين المطلقة على الأقوى بأن يقول فلانة طالق أو يشير اليها بما يرفع الاحتمال. فلو كان له واحدة فقال زوجتي طالق صح، ولا يصح أن كان له زوجتان الا أن ينوي معيّنة ويقبل تفسيره.

فبهذه الشروط يكون نطاق حرية ارادة الزوج في التطليق أضيق مما ذهب اليه بقية الفقهاء.

الزيدية:

وأخذ جمهور الزيدية بما ذهب اليه الجعفرية في عدم تطليق الرجعية الا بعد رجعتها.

جاء في التاج المذهب[2] (لو طلقها أكثر من واحدة فانها لا تقع الثانية تبعا للأولى من دون تخلل رجعة بينهما. أو عقد) وبما ذهب اليه الجمهور من عدم صحة التطليق قبل الزواج.

جاء في التاج المذهب[3]: (ولو أضافه الى ما بعد التزويج بشرط كان يقول: اذا دخلتِ الدار فانه لا يقع اذ هو لا يملك الطلاق وقت تعليقه بالشرط، وكذا ولو أضاف الطلاق الى حين الزوجية كأن يقول لأجنبية: متى تزوجتكِ فانتِ طالق ثم يتزوجها فانها لا تطلق).

---

[1] راجع شرائع الاسلام ٢/٥٤. مستدرك الوسائل ٣/٥. الروضة البهية ٢/١٤٩. الخلاف للطوسي ٢/٢١٦-٢١٧ المختصر النافع ص٢٢١.

[2] التاج المذهب ٢/١٩٩، البحر الزخار ٣/١٦٨.

[3] المرجع السابق ٢/١١٨.

ولم أجد مرجعا في الفقه الزيدي لما حكاه استاذنا الشيخ علي الخفيف في كتابه فرق الزواج[1] من أن الزيدية كالمالكية والحنفية ذهبوا الى جواز تعليق طلاق الاجنبية على تزوجها، فمن قال لزوجته أن تزوجتك فانت طالق ثم تزوجها وقع هذا الطلاق بتزوجها.

الظاهرية:

يتفق رأيهم مع ما ذهب اليه الجمهور من عدم جواز التطليق قبل الزواج تنجيزا أو تعليقا لقوله تعالى ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ﴾ فهذا النص دليل على أن الطلاق وقت الانشاء يجب أن يكون مسبوقا بالنكاح. ولقول علي بن ابي طالب وابن عباس ((لا طلاق الا من بعد النكاح))[2]. وكذلك لا يجوز الطلاق في الحيض ولا في طهر مسها فيه[3].

وقالوا أن محل الطلاق هي الزوجة القائمة زوجيتها حقيقة أو حكما وفي طهر لم يمسها فيه.

الترجيح:

نرى أن الرأي السديد هو ما ذهب اليه الجمهور من عدم صحة التطليق قبل الزواج، لظاهر النصوص في أن الطلاق يجب أن يكون مسبوقا بالزواج حين أنشاء صيغته كنص ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ﴾.

ولان الطلاق شرع للحاجة والضرورة فاعتبره الشارع دواء لداء نفذت طرق علاجه الأخرى. وكل ذلك مفقود قبل الزواج. فارادة الزوج مقيدة بأن لا يطلق الا بعد الزواج. وأمّا بالنسبة للزوجة الحكمية فالافقه هو ما ذهب اليه الجعفرية والزيدية من أن الطلاق لا يتبع الطلاق ما لم تخلل الرجعة بين الطلقتين لظاهر قوله تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾.

فان هذا النص ظاهر في أن كل مرة يجب أن تكون مستعقبة لأحد الأمرين: الامساك بالمعروف (ارجاعها) أو التسريح بالاحسان (وهو التطليق للمرة الثالثة).

---

[1] فرق الزواج ص ٩٠.

[2] المحلى ١٠/ ٢٠٥ وفيه (من قال أن تزوجت فلانة فهي طالق أو قال فهي طالق ثلاثاً فكل ذلك باطل وله أن يتزوجها ولاتكون طالقا. وكذلك لو قال : كل إمرأة أتزوجها فهي طالق . وسواء عين مدة قريبة أو بعيدة أو قبيلة أو بلدة كل ذلك باطل لايلزم) .

[3] المحلى ١٠/١٦١ وفيه (لا يحل لرجل أن يطلق امراته في حيضتها ولا في طهر جامعها فيه ولم ينفذ الطلاق إذا فعل ذلك).

فالزوج إذا طلق زوجته مرة طلاقا رجعيا يفقد سلطة التطليق عليها حتى يعيدها اليه برجعة أو عقد جديد. ولقوله تعالى ﴿يَاأَيُّهَا النبي إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾، لان (لام) لعدتهنّ للتوقيت، أي في وقت تبدأ العدة مباشرة. والمطلقة في العدة، وبدء العدة في العدة تحصيل الحاصل، كتطليق المطلقة وهو باطل بإتفاق العقلاء.

المبحث الثاني

طلاق الحائض

اتفق الفقهاء على أن هذا الضرب من الطلاق دون مبرر بدعة، وحرام إذا كانت الزوجة مدخولا بها لظاهر آية: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾، ولحديث ابن عمر (مره فليراجعها) ولأسباب أخرى يأتي ذكرها.

غير أنهم اختلفوا في علة تحريم هذا الطلاق، وفي الآثار التي تترتب عليه، فالعلة في نظر أكثر فقهاء المالكية، والشافعية، والحنابلة، هي تطويل العدة.

وفي رأي الحنفية، وأبي الخطاب من أصحاب أحمد هي مصادفة الطلاق لحال الفتور والزهد في الوقاع معها، فيجب أن لا تطلق الا في حال رغبة في ذلك. بينما يرى الآخرون أن التحريم تعبدي[1]، وهذا غير مسلم، لانه لو كان المنع في الحيض امرا تعبديا لما جاز طلاق الحائض غير المدخول بها أيضا.

والراجح هو القول بان حكمة التحريم هو حرص الشارع على أن لا يكون الطلاق في حال النفرة والكراهة، لان ظروف الحيض والنفاس من العوامل المساعدة على التطليق عند حدوث الشقاق بين الزوجين.

وفي حكم الحائض النفساء: فطلاقها بدعة كطلاق الحائض، لان المرأة لها حالتان لا ثالث لهما الطهر والحيض. والنفاس ليس طهرا ولا حملا، فيكون داخلا في حكم الحائض، ولان الرسولﷺ سمى الحيض نفاساً[2] عندما قال لكل من عائشة وام سلمة وهما في الحيض أنفست؟ قالت نعم. وكذلك يحرم طلاق الحامل في طهر مسها فيه إذا لم تكن صغيرة ولا يائسة، لان الاقتران في هذه الحالة مظنة لتكوين الحمل، الأمر الذي كثيرا ما يؤدي الى ندامة قد لا تتدارك، بالاضافة الى تطويل العدة.

---

[1] راجع مجموع الفتاوى لابن تيمية ٧/٣٣.

[2] راجع المحلى لابن حزم ١٧٦/١٠. وما بعدها.

ويتضح مما ذكر أن الزوج ليس له حرية الارادة في تطليق زوجته الحائض ومن في حكمها، بل قيدت ارادته بان يطلق في الوقت الذي حدده الشارع بقوله: ﴿يَا أَيُّهَا النبيء إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾.

ولكن إذا خالف الزوج هذا القيد وطلق زوجته في غير الوقت المحدد، فماذا يترتب عليه؟

اختلفت وجهة نظر الفقهاء فيه على ثلاثة اراء: ففي رأي يقع الطلاق ويستحب ارجاعها. وفي رأي آخر يقع والزوج آثم فيُجبر على الارجاع. وفي رأي ثالث لا يقع لانه بدعة وكل بدعة مردودة.

ونحاول إيضاحها في الفروع الثلاثة التالية:

الفرع الأول
يقع الطلاق وتستحب الرجعة

ذهب الى هذا الرأي بعض الحنفية، والشافعية. والحنابلة في رواية وجمهور الزيدية.

الحنفية:

جاء في فتح القدير[1]: (واذا طلق الرجل امراته في حال الحيض وقع الطلاق لان النهي عنه لمعنى في غيره ويستحب له أن يراجعها لقولهﷺ لعمر مر ابنك فليراجعها. وقد طلقها في حالة الحيض).

الشافعية:

جاء في نهاية المحتاج[2]: (ولم تجب الرجعة لأن الأمر بالأمر بشيء ليس أمراً بذلك الشيء.. وليس في قول النبي ﷺ فليراجعها امر لابن عمر لانه تفريع على امر عمر).

ويرد هذا القول بان فعل النائب كفعل المنوب، فصار كأن النبي ﷺ أمره بذلك، فثبت الوجوب، ثم يجوز أن يقال (فليراجعها) أمر لابن عمر فتجب عليه المراجعة.

---

[1] فتح القدير ٣٣/٣.
[2] نهاية المحتاج ٥/٦.

الحنابلة:

جاء في الانصاف[1]: (وتستحب رجعتها، وهذا الصحيح من المذهب وعليه جماهير الاصحاب). وجاء في المغني[2] وتستحب أن يراجعها لأمر النبـي ﷺ بمراجعتها، ولقل احوال الامر الاستحباب. ويناقش: بان الحنابلة في كثير من فروعهم يقولون أن الامر للوجوب وقد قال احمد وهو يناقش رأي مالك في المتعة ولنا قوله تعالى (ومتّعوهن) والامر يقتضي الوجوب. فلماذا اعتبروا الامر هنا للوجوب وهناك للإستحباب؟

الفرع الثاني
يقع الطلاق ويُجبَر الزوج على الرجعة

هذا الرأي قال به المالكية، وبعض الحنفية، والحنابلة في رواية، ودأود من الظاهرية.

المالكية:

قالوا: يقع الطلاق ويجبره الحاكم على الارجاع فان أبى يرتجعه هو نيابة عنه أثناء العدة.

جاء في المدونة[3]: (ان قال الرجل وهي حائض أنتِ طالق اذا طهرتِ، أنها طالق في مكانها ويجبر الزوجُ على رجعتها الاّ أن تكون غير مدخول بها) وقال الخرشي[4]: (اذا طلّقها اختيارا في حال حيضها أو نفاسها يأمره الحاكم بأن يراجعها، فان أبى يهدّد بالسجن، فان لم يفعل هُدد بالضرب، فان لم يفعل ضُرب، فان تمادى الزمه الرجعة ويرتجعها له، بان يقول: ارتجعت لك زوجتك وجاز الوطء بارتجاع الحاكم والتوارث، وان كان بلا نية من الزوج لان نية الحاكم قامت مقام نيته).

---

[1] الانصاف ٨/٤٥٠.
[2] المغني والشرح الكبير ٨/٢٣٩.
[3] المدونة الكبرى ٥/١٠٤.
[4] راجع شرح الخرشي ٤/٢٩.

الحنفية:

جاء في الهداية[1] (الاستحباب قول بعض مشايخنا والأصح أنه واجب عملا بحقيقة الأمر) وجاء نظير ذلك في الجوهرة[2].

الحنابلة:

لهم رواية الوجوب، ورواية الإجبار كما لهم رواية الاستحباب[3].

الظاهرية:

انفرد دأود من الظاهرية بالقول بوقوع طلاق الحائض مع الاجبار على الارجاع، جاء في نيل الأوطار[4] وقال دأود يجبر اذا طلقها حائضا (أمّا غيره من الظاهرية فقد قالوا بعدم وقوع طلاق الحائض ونحوه كما يأتي في الفرع التالي:

الفرع الثالث

لا يقع طلاق الحائض ومن في حكمها

وهو رأي الجعفرية والظاهرية ـ عدا دأود ـ وذهب اليه صاحب الروضة الندية والباقر والصادق والناصر من الزيدية وابن عقيل وابن تيمية وابن القيم وبعض الاخرين من السلف والخلف.

الجعفرية:

قالوا[5]: يعتبر في الزوجة المطلّقة المدخول بها الطهارة من دم حيض والنفاس اذا كانت حائلا وزوجها معها حاضر، وأن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه بالإجماع ويسقط اعتبار هذه

---

[1] الهداية مع فتح القدير ٢/٣٣. وما بعدها.

[2] الجوهرة ٢/٣٤.

[3] راجع الانصاف ٨/٤٥٠. المحرر ٢/٥١. المغني ٨/٢٣٩.

[4] نيل الأوطار ٦/٢٢١.

[5] راجع رياض المسائل في بيان الاحكام بالدلائل كتاب الطلاق. مستدرك الوسائل ٣/٦. الروضة البهية ٢/١٤٩. وما بعدها. شرائع الاسلام ٢/٥٤. ايضاح الفوائد ٣/٣٠٢.

الشروط بالنسبة للصغيرة التي لم تبلغ تسعا، واليائسة التي قعدت عن الحيض، والحامل المستبين حملها، والتي طلّقها زوجها وهو غائب عنها مدة يعلم أنتقالها فيها من طهر الى آخر بحسب عادتها. والمستابة بالحمل وهي في سن الحيض وتأخر حيضها بعارض كالمرض والرضاع، أو لم يعرف له سبب، ينتظر ثلاثة أشهر من الواقعة ثم يطلّقها. ولا يقع طلاقها قبلها بالاجماع والأحاديث الصحيحة، والنصوص المستفيضة، والأصل القائل بان النكاح ثابت يقينا فلا يرفعه الا اليقين.

الظاهرية:

عندهم[1]: من أراد طلاق زوجته التي دخل بها لم يحل لـه أن يطلقهـا في حيضـها ولا في طهر مسها فيه، فان طلقها طلقة أو طلقتين في طهـر وطئهـا أو في حيضـها، لم ينفـذ ذلـك الطلاق وهي امراته كما كانت، الا اذا كان الطلاق بائنا بينونة كبرى، فعندئـذ يقـع ويلـزم. وهم يختلفون عن الجعفرية في الطلاق الثالث الذي تنقطع به علاقة الزوجية.

وجه التفريق، قالوا: أنما ورد في آية الأمر بالطلاق وقت العدة قوله تعالى ﴿لا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً﴾ يدل على أن التوقيت خاص بالطلاق فيما دون الثلاث ولزوجة تكون مدخولاً بها. وقال ابن حزم: وطلاق النفساء كطلاق الحائض في هذا الحكم.

ونستنتج مما ذكر أن الزوج اذا طلّق زوجته وهي حائض أو في حكمها الطلقة الأولى أو الثانية، لا يقع الطلاق بخلاف الطلقة الثالثة أو الجمع بين الثلاث دفعة واحدة، على رأيهم القائل بوقوع الثلاث معا.

ويبدو أن الظاهرية لم يلاحظوا علة النهي عن طلاق الحائض ومن في حكمها والا فهي جارية في حال الطلاق الذي تحصل به البينونة الكبرى.

الزيدية:

قال صاحب الروضة الندية[2] (والراجح عدم وقوع البـدعي لقولـه تعـالى ﴿فَطَلِّقُـوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[1]. ولحديث ابن عمر وغيره.

---

[1] راجع المحلى ١٦١/١. وما بعدها. قال ابن حزم: (والعجب من جرأة من ادعى الاجماع على خلاف هذا وهو لا يجد فيما يوافقه قوله في امضاء الطلاق في الحيض أو في طهر جامعها فيه كلمة عن أحد من الصحابة غير رواية عن ابن عمر عارضها ما هو أحسن منها عن ابن عمر).

[2] الروضة الندية ٤٨/٢. وما بعدها.

ولان الاتفاق كائن على أن الطلاق المخالف لطلاق السنة يقال له طلاق بدعة، وقد ثبت عن النبي ﷺ ((ان كل بدعة ضلالة)).[٢] ((مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ))[٣]. وجاء في البحر الزخار[٤] هو طلاق محرم يأثم فاعله وان وقع، وقال الصادق والناصر والباقر وابن علية هشام بن الحكم والأمامية وابو عبيد وبعض الظاهرية: لا يقع لقول النبي ﷺ ((كل بدعة ضلالة)) ولقوله ﷺ ((البدعة شرك الشرك)) فحكم ببطلانه. لكن جاء في التاج المذهب[٥]: (والطلاق البدعي يقع عندنا).

الحنابلة:

جاء في الفروع[٦] (وقد منع ابن عقيل في الواضح من وقوعه في الحيض قال لان النهي يقتضي الفساد).

وقال ابن تيمية[٧]: (لا ريب أن الأصل بقاء النكاح، ولا يقوم دليل شرعي على زواله في الطلاق المحرّم، بل النصوص والأصول تقتضي خلاف ذلك) وقال وهو: (حرام بالكتاب والسنة والاجماع). واختار ابن القيمّ عدم وقوع طلاق الحائض وناقش هذه المسألة مناقشة مفصلة دقيقة في كتابه (زاد المعاد)[٨].

ويؤخذ مما ذكرنا ومن غيره أن أهم ادلة من قال بوقوع طلاق الحائض هي:

١ـ عموم آيات أحكام الطلاق في القرآن مثل ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ... الآية﴾. ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾، وغيرها، حيث لم يميز فيها

---

[١] (يَا أَيُّهَا النبي إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا) (الطلاق:١).

[٢] مسلم: ١٤٣٥

[٣] مسلم: ٣٢٤٢

[٤] البحر الزخار ١٥٢/٣. وما بعدها.

[٥] التاج المذهب ١٢٧/٢.

[٦] راجع الانصاف ٤٤٨/٨.

[٧] راجع مجموع فتاوى لابن تيمية ٧/٣٣وما بعدها.

[٨] راجع زاد المعاد ٤٣/٤ وما بعدها.

حال الحيض من غيرها. فهذا العموم أو الإطلاق دليل على صحة طلاق الحائض ومن في حكمها.

٢ـ الامر في قوله تعالى ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ للندب، بدليل حديث ابن عمر (مره فليراجعها)، فلو كان الامر بطلاقهن لعدتهن للوجوب، لما وقع، لكنه وقع لان الرجعة لا تكون الا بعد الوقوع، فلم يكن للوجوب.

٣ـ كان عثمان بن عفان وزيد بن ثابت يُفتيان بوقوع الطلاق في الحيض أو في طهر مسها فيه، وذلكَ من المجالات التي لا اجتهاد فيها، وافتاؤهما بذلك له حكم المرفوع لرسول ﷺ اذ لا مجال للرأي فيه فكان حجة على الوقوع.

٤ـ الاجماع: قالوا: اجمع المسلمون على وقوع طلاق الحائض، والقول بخلاف ذلك باطل، لانه مخالف للاجماع السكوتي.

٥ـ النهي اذا لم يكن لذات الشيء، لا يستلزم الفساد، وهنا جاء لمعنى في غيره وهو تطويل العدة أو مصادفة الطلاق لوقت الفتور والزهد في الوقاع أو غير ذلك.

٦ـ القياس: قالوا: إن تحريمه لا يمنع ترتّب أثره عليه كالظهار.

مناقشة هذه الأدلة:

١ـ أن الآيات المطلقة الواردة لبيان أحكام الطلاق مقيّدة بآية: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ اذ من القواعد الاصولية المعروفة[1]: أن حكم المطلَق والمقيَّد اذا كان واحدا وكذا سببه يحمل المطلق على المقيد، ونظير ذلك كثير في القرآن الكريم. قال تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ﴾ وقال ـ ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا﴾ فورد الدم في الآية الأولى مطلقا وفي الآية الثانية مقيّدا، فحُمل المطلق على المقيد، فكذلك الأمر هنا يحمل المطلق في سائر الآيات على المقيد في آية ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ لأن حكم المطلق والمقيد واحد وكذا سببهما.

٢ـ منع دليل استثناء نقيض التالي في القياس المذكور فلا ينتج نقيض المقدم دليل المنع هو أن المراجعة يجوز أن يكون المراد بها المعنى اللغوي، لان استعمالها في مراجعة المطلقة الرجعية أنما هو اصطلاح مستحدث بعد عصر النبوة ولم تُستعمل بهذا المعنى

---

[1] راجع جمع الجوامع للسبكي ٢/٣٢ الوجيز في اصول الفقه الدكتور عبد الكريم زيدان ص٢٩٦.

اصلا، بل المستعمل هو الرد والامساك، كما في قوله تعالى ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ﴾ ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً﴾ والمراجعة كانت تستعمل في العودة بعقد جديد، بدليل قوله تعالى ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا﴾.

٣- أن الاستدلال بفتيا عثمان بن عفان وزيد بن ثابت غير قائم، اذ ليس رأي الصحابي حجة اذا خالف رواية صحيحة، على أن في سند الرواية كما يقول ابن القيم[1] كذابا عن مجهول، فقد رواها اسماعيل بن سماعن عن رجل مرفوعة الى عثمان. وقال ابن حزم: روايته ساقطة.

٤- لا يصح ادعاء الإجماع في هذه المسألة، لان الخلاف فيها لم يزل ثابتا بين السلف والخلف. قال الإمام احمد: من إدّعى الإجماع فهو كاذب وما يدريه لعل الناس اختلفوا، كيف لا والخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة مسلّم الثبوت من المتقدمين والمتأخرين. وقال ابن حزم: (إدّعى بعض القائلين بهذا أنه إجماع وقد كذب مدّعي ذلك)[2].

٥- القول بان النهي إذا لم يكن لذات الشيء لا يقتضي الفساد لا يصح الاحتجاج به، لانه من الاصول المختلف فيها، فلا يقوم حجة على من يرى خلاف ذلك، والأمام مالك قال ببطلان البيع وقت النداء يوم الجمعة مع أن النهي ليس لذات البيع.

٦- القياس على الظهار يعارض بمثله معارضة القلب، فيقال تحريمه يمنع ترتب أثره عليه كالنكاح، على أنه قياس مع الفارق، لانه ليس للظهار جهتان جهة حل وجهة حرمة بخلاف الطلاق[3].

أهم أدلة من قال بعدم وقوع طلاق الحائض:

١- القرآن الكريم: قال تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النبي إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ فقوله (فطلقوهنّ) أمر وكل أمر ظاهر في الوجوب، والامر بالشيء نهي عن ضده، فكانه قال لا تطلقوهنّ لغير عدتهن. والنهي عن تصرف يقتضي فساده، وبذلك يكون

---

[1] راجع زاد المعاد ٤/٤٤، وما بعدها. المحلى ١٠/١٦٣.

[2] المرجع السابق.

[3] راجع المرجع السابق. فرق الزواج للشيخ علي الخفيف نظام الطلاق في الاسلام احمد محمد شاكر ص٢٩ وما بعدها.

الشارع قد حجر على الزوج أن يطلق في الحيض أو في النفاس أو في طهر مسها فيه، فكما أن حجر القاضي على شخص يوجب أن لا يتملك مباشرة ما منع منه، فكذلك الامر هنا، بل من باب أولى.

وقوله (لعدتهن) دليل على أن المطلّقة مدخول بها والا فغير المدخول بها لا عدة لها.

٢ـ حديث ابن عمر لما طلق زوجته وهي حائض:

أ ـ في رواية ابي الزبير قال ابن عمر فردها علي رسول الله ﷺ ولم يرها شيئاً[1].

ب ـ وفي رواية أخرى من طريق إبن لهيعة قال ﷺ ليراجعها فانها امرأته.

ج ـ ومن طريق عبدالله بن مالك قال ﷺ ليس ذلك بشيء.

د ـ ومن طريق محمد بن بشار عن ابن عمر عن نافع أنه قال في الرجل يطلق امرأته وهي حائض: لا يُعتد بذلك.

وجه الاستدلال:

(ان قوله ﷺ: (ليراجعها فانها امرأته) (ليس ذلك بشيء)، (ولم يرها شيئاً)، (لا يُعتد بذلك) كل ذلك صريح في عدم وقوع الطلاق في الحيض .

٣ـ أجمع الفقهاء على أن هذا النوع من الطلاق بدعة وقد قال النبي ﷺ: (كل بدعة ضلالة). (وكل أمر ليس عليه أمرنا فهو رد) وفي ايقاعه تجويز للبدعة واقرار لها، والمردود لا إعتبار له حتى يترتب عليه أثره الشرعي.

---

[1] مسلم: ٢٦٨٨. اخْبَرَنِي أَبُو الزُّبَيْرِ انهُ سَمِعَ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ أَيْمَنَ مَوْلَى عَزَّةَ يَسْأَلُ ابْنَ عُمَرَ وَأَبُو الزُّبَيْرِ يَسْمَعُ ذَلِكَ كَيْفَ تَرَى فِي رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ حَائِضًا فَقَالَ طَلَّقَ ابْنُ عُمَرَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَسَأَلَ عُمَرُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ أن عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ فَقَالَ لَهُ النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِيُرَاجِعْهَا فَرَدَّهَا وَقَالَ إِذَا طَهُرَتْ فَلْيُطَلِّقْ أَوْ لِيُمْسِكْ قَالَ ابْنُ عُمَرَ وَقَرَأَ النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَا أَيُّهَا النبي إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ فِي قُبُلِ عِدَّتِهِنَّ و حَدَّثَنِي هَارُونُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ حَدَّثَنَا أَبُو عَاصِمٍ عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ عَنْ ابْنِ عُمَرَ نَحْوَ هَذِهِ الْقِصَّةِ و حَدَّثَنِيهِ مُحَمَّدُ بْنُ رَافِعٍ حَدَّثَنَا عَبْدُ الرَّزَّاقِ أَخْبَرَنَا ابْنُ جُرَيْجٍ أَخْبَرَنِي أَبُو الزُّبَيْرِ انهُ سَمِعَ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ أَيْمَنَ مَوْلَى عُرْوَةَ يَسْأَلُ ابْنَ عُمَرَ وَأَبُو الزُّبَيْرِ يَسْمَعُ بِمِثْلِ حَدِيثِ حَجَّاجٍ وَفِيهِ بَعْضُ الزِّيَادَةِ قَالَ مُسْلِم أَخْطَأَ حَيْثُ قَالَ عُرْوَةَ انمَا هُوَ مَوْلَى عَزَّةَ

٤ـ الزواج عقد ملزم للجانبين وانفراد الزوج بإنهائه رخصة واستثناءً من القاعدة العامة من (ان كل عقد ملزم للجانبين لا تنفرد ارادة احدهما بفسخه) ولا يجوز له استعمال هذه الرخصة الا في حدود ما اذن له فيه، فاذا تجاوز يكون عمله باطلا.

هـ لو كان واقعا لكان الامر بالمراجعة ثم التطليق بعدها اكثارا من الطلاق البغيض وتطويلا على الزوجة في عدتها وكان مضرا لها، في حين أن النهي عن الطلاق في الحيض جاء لمصلحتها.

٦ـ أن وظيفة المطلق مباشرة الأسباب على الوجه المشروع، فاذا لم يباشر سببا مشروعا معتدا به، فلا يُرتب عليه الشارع اثره الشرعي.

٧ـ الزواج ثابت يقيناً واليقين لا يرتفع الا باليقين، وما استدل به الجمهور من الآثار لا تفيد اليقين، بالاضافة الى معارضتها لظاهر القرآن .

مناقشة هذه الأدلـة:

١ـ الامر في قوله تعالى ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ ليس نصا في الوجوب بل ظاهر فيه، فلا يكون حجة قطعية على المخالف.

٢ـ روايات حديث ابن عمر اضافة الى أنها من الآحاد، فانها تعارضها روايات أخرى تؤيد رأي المخالف، كرواية يونس بن جبير أنه سأل ابن عمر كم طلقت امرأتك؟ فقال واحدة؟ وكرواية أن كنت طلقت ثلاثا فقد حُرمت عليك حتى تنكح زوجا غيرك، فلم يبق الا الاحتمال، واذا ثبت الاحتمال سقط الاستدلال.

٣ـ ليس كل بدعة ضلالة، لان لها أقسامًا كثيرة، فهي قد تكون حقيقية وهي ما كان الابتداع فيها من جميع وجوهها، فهي بدعة محضة لم يدل عليها دليل شرعي كالرهبنة وترك الزواج مع وجود الداعية وفقد المانع الشرعي. وقد تكون اضافية فهي التي تكون بالنسبة لاحدى الجهتين سنة وبالنسبة الى الاخرى بدعة، كتخصيص يوم لم يخصه الشارع بصوم. فالصوم في ذاته مشروع وتخصيصه بيوم بدعة. وتكون كلية بان يكون ضررها كليا، وجزئية اذا كان ضررها جزئيا كبدعة التغني ب القرآن ، وتكون عبادية وعادية. وهناك أنواع أخرى من البدع لا مجال لذكرها فمنها باطلة ومنها صحيحة[1] .

[1] راجع الابداع في مضار الابتداع ص٤٥ وما بعدها.

٤ـ والتوقيت في الطلاق ليس حدا قطعيا حتى يكون تجاوزه مبطلا.

٥ـ القول بان حكمة التحريم تطويل العدة ليس أمرا متفقا عليه، بل قد يجوز أن يكون لاسباب اخرى كالفتور والزهد في الوقاع...

٦ـ للمخالف أن لا يسلّم عدم مشروعية السبب، وعلى تقدير التسليم فان عدم ترتب الآثار على الأسباب غير المشروعة ليس أمرا كليا.

٧ـ القول بان اليقين لا يرتفع الا باليقين مسلّم، لكن عدم كون طلاق الحيض مشمولا بهذه القاعدة ممنوع، لان كل ما هنالك هو أنّ السبب رافقه إثم والإثم لا يسلب عنه صفة اليقين.

الترجيح:

أرى أن القول الراجح الذي يجب الاخذ به وتعطى له صفة الالزام في قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية والاسلامية، هو ما ذهب اليه المالكية من أن طلاق الحائض يقع ولكن يجبر الزوج على ارجاع زوجته، فان أبى ذلك يرتجعها القاضي أو من يمثله من فقهاء الدين في المناطق النائية من القرى والارياف، لان في الاخذ بمذهب مالك جمعا بين الادلة ورفعا لتعارضها.

المبحث الثالث

المفوضة بتطليق نفسها

سبق أن بيّنا أن الطلاق حق طبيعي للزوج، فأقره الاسلام ثم أعطى للزوجة حق المطالبة بالطلاق أمام القضاء، اذا قام لديها ما يبّرر ذلك من دواعي التفريق القضائي، فبالاضافة الى ذلك فان جمهور فقهاء المسلمين ذهبوا الى أن للزوجة سلطة تطليق نفسها مباشرة دون اللجوء الى القضاء، اذا خوّلها زوجها بذلك. غير أنهم اختلفوا في تكييف هذا التخويل، هل هو تمليك أو توكيل أو تخيير أو مجموع ذلك؟

الحنفية:

قالوا: للزوج أن يفوض زوجته بالطلاق أثناء العقد أو بعد قيام حال الزوجية. فللزوجة أن تشترط على زوجها اثناء أنشاء العقد[1] أن يكون الطلاق بيدها، وذلك اذا كان الايجاب من الزوجة، والا يكون التفويض قبل أنعقاد الزواج فيبطل. فان ابتدأت المرأة فقالت زوجت نفسي منك على أني طالق أو على أن يكون الامر بيدي كلما شئت، فقال الزوج قبلت، جاز النكاح والطلاق ويكون الامر بيدها، لان البداءة اذا كانت من الزوج كان الطلاق والتفويض قبل النكاح فلا يصح. والتفويض عندهم من قبيل التمليك[2]. وهم عللوا ذلك بوجوه ثلاثة وهي:

١ـ أن المتصرف في ملك هو الذي يتصرف برأيه وتدبيره واختياره، والمرأة المفوضة لها هذه الصفة، فكان التفويض اليها تمليكا بخلاف تفويض غيرها.

٢ـ قول الزوج لزوجته طلقي نفسك لا يكون توكيلا، لان الانسان لا يصلح أن يكون وكيلا في حق نفسه، فلم يمكن أن تُجعل وكيلة في حق تطليق نفسها، لكن يمكن أن

---

[1] في الجاهلية كان للمرأة حق الطلاق اذا اشترطت ذلك لنفسها في عقد زواجها وغالبا كان هذا الشرط لزوجة ذات مكانة اجتماعية عالية.

[2] الدر المختار مع شرح تنوير الأبصار. وابن عابدين ٣/٣١٤ وما بعدها، بدائع الصنائع ٤/١٨٢٢ وما بعدها.

تُجعل مالكة، بخلاف توكيل غيرها بالتطليق[1].

٣- أن المتصرف عن ملك هو الذي يتصرف لنفسه، والمتصرف عن توكيل هو الذي يتصرف لغيره، والمرأة عاملة لنفسها. الا أن هذا الرأي أنتقد بان شيئا واحدا لا يمكن أن يكون كله مملوكا لاكثر من واحد في زمان واحد، وعلى تقدير كون التفويض تمليكا يلزم ذلك، حيث يملك الزوج في نفس الوقت حق التطليق ايضا. غير أن هذا الانتقاد يُدفع[2] بان التفويض تمليك للايقاع دون العين، فقبل الايقاع يبقى ملكه، فلذا يجوز له أن يطلّقها قبل أن تطلق هي نفسها، وبذلك يشبه هذا التمليك التوكيل.

ويترتب على اعتبار التفويض تمليكا الآثار التالية:

أ- لا يصح للزوج الرجوع بالقول، بل بالعمل بان يطلقها قبل أن تطلق هي نفسها، لانه تمليك لا توكيل. غير أنّ إبن الهمام علّل ذلك بانه يتضمن تعليق الطلاق بتطليقها والتعليق لا رجوع فيه[3].

ب ـ يسقط حقها بانقضاء المجلس أو بصدور ما يشعر بالاعراض، هذا اذا لم يكن التفويض معلقا بمشيئتها باداة تفيد عموم الوقت أو مؤقتاً بوقت معين، والا فلها اختيار نفسها حسب ذلك دون تقيد بالمجلس[4].

المالكية:

التفويض عندهم يكون تمليكا وتوكيلا وتخييرا حسب صيغة التفويض.[5]

فهو ـ تمليك: اذا جعل الطلاق بيدها بنحو امرك بيدك. وتوكيل اذا خولها بتطليق نفسها بنحو طلقي نفسك. وتخيير: اذا دل اللفظ على أن الزوج فوض لها البقاء على العصمة أو الذهاب عنها. فالصور الثلاث مختلفة في بعض الأحكام ومتفقة في البعض:

---

[1] الفرق بين التمليك والتوكيل في خمسة أحكام: في التمليك لا يرجع، ولا يعزل، ولا يبطل بجنون الزوج، ويتقيد بمجلس لا بعقل بخلاف التوكيل. الدر المختار المرجع السابق.

[2] راجع البحر الرائق ٣/٣١٠.

[3] راجع الدرر والغرر ١/٢٦٧ وما بعدها.

[4] راجع شرح فتح القدير ٣/٩٩.

[5] راجع المدونة الكبرى ٥/٥٥. وما بعدها. الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٤٠٦. وما بعدها. شرح الخرشي ٤/٦٩ وما بعدها. بداية المجتهد ٢/٥٩ وما بعدها.

أ ـ الأحكام المختلفة:

١ـ اذا كان التفويض توكيلا للزوج عزل الموكلة قبل الايقاع. والوقاع معها ولو اكراها يعتبر عزلا لها، ولكن يسقط حقه في العزل اذا تعلق بالتفويض حق للزوجة ويكون العزل تفويتا له. كان قال لها أن تزوجت عليك فأمرك بيدك.

٢ـ واذا كان تخييرا مطلقا مثل اختاري نفسك، يجب أن تترتب على اختيارها البينونة، فاذا قال لها اختاري نفسك وهي مدخول بها، فقالت اخترت، قال مالك هي ثلاث تطليقات، لان معنى الخيار هو أن تبين منه، فان قالت اخترت واحدة بطل التخيير وأثره، لانها خرجت عما خُيرت فيه بالكلية، بخلاف ما اذا كان التخيير مقيدا كاختاري تطليقة، فقالت اخترت واحدة، فانه يصح وتقع واحدة.

٣ـ واذا كان تمليكا فلها أن تطلق نفسها واحدة فما فوقها.

ب ـ الأحكام المشتركة:

١ـ في التخيير والتمليك وفي التوكيل الذي تعلق به حق: تجب الحيلولة بينها وبين زوجها ولا يجوز له أن يقترن بها حتى تجيب رداً أو أخذا، والا لادى التمادي منها الى الاستمتاع في عصمة مشكوك بقاؤها.

بخلاف توكيل لم يتعلق به حق لقدرته على عزلها في هذه الحال.

ومحل الحيلولة اذا كان التخيير أو التمليك مطلقا، أمّا اذا كان معلقا على شيء كقدوم خالد من السفر، فلا حيلولة بينهما قبل تحقق المعلق عليه، لانتفاء السبب المذكور. وقد غفل الاستاذ الدكتور احمد الغندور عن هذا التفصيل لدى المالكية، فقال في كتابه (الطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون):[1] (والمالكية يرون أن الزوج اذا فوض الزوجة امر نفسها سواء كان التفويض مقيدا بمدة أم عامّا، فانه يحال بين الزوج وزوجته حتى تجيب بايقاع الطلاق أو رد ما في يدها).

والاستاذ الغندور اخطأ في هذا الاطلاق من ناحيتين:

الناحية الأولى إنّ حكم التفويض المطلق يختلف عن المقيّد، فلا حيلولة في المقيد قبل تحقق ما قُيّد به.

---

[1] راجع الطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون للدكتور الغندور ص١١٩.

والناحية الثانية اعطاء هذا الحكم للتفويض في صوره الثلاث، في حين أنّ التفويض المتمثل في التوكيل لا يثبت له هذا الحكم، لأن في مقدور الزوج عزلها الا اذا تعلق به حق. ولا نفقة للزوجة عند المالكية في فترة الحيلولة لان المانع منها. لكن اذا مات احدهما قبل الاجابة يرثه الآخر.

٢ـ اذا خيرها أو ملكها وهي لم تفعل شيئا من الاجابة أو الرد، فللحاكم توقيفها حتى تقضي بايقاع أو رد ما بيدها. فان ابت حُكم بالغاء التفويض ولا يُمهلها، وان رضي الزوج بالامهال لتعلق حق الله به لما فيه من التمادي على عصمة مشكوك فيها.

٣ـ يسقط حقها في التطليق اذا واقعها في صورتي التمليك والتخيير وهي طائعة، لكن في التوكيل يعتبر الوقاع عزلا مطلقا طائعة أو مكرهة.

٤ـ في التخيير والتمليك لمالك قولان[1] بالنسبة لبقاء حقها بانقضاء المجلس أو عدم بقائه، ففي قوله القديم لا يسقط حقها بانقضاء المجلس، وفي الجديد الذي مات عليه يسقط به وبحدوث كل ما يشعر بالاعراض، وهذا اختيار ابن القاسم وعليه اصحاب مالك، لكن ينفرد التوكيل عنها باستمرار هذا الحق ما لم تلغ الوكالة.

٥ـ في التمليك والتوكيل قد يكون الطلاق رجعيا وقد يكون بائنا ويختص التخيير بالبائن ما لم يكن مقيّدا كما سبق.

الشافعية:

للشافعي في التفويض قولان[2] ففي القول القديم تفويض الزوجة بالتطليق كتفويض غيرها به توكيل ويترتب على ذلك جواز تعليقه، كاذا جاء رأس الشهر طلقي نفسك، وعدم اشتراط الفورية في الأصح ككل وكالة.

وقال بعضهم: التفويض وان كان توكيلا الا أنه يتضمن تمليكها نفسها بلفظ تأتي به، وذلك يقتضي جوابا عاجلا، وله حق الرجوع قبل التطليق. وفي قوله الجديد يتفق مع الحنفية في أن التفويض تمليك فلو أخرت بقدر ما يقع به القبول عن الايجاب ثم طلقت نفسها لم يقع. وطلقي نفسك صريح. ونحو اختاري نفسك أو أمرك بيدك كناية يجب أن ينوي به الطلاق. ويترتب على تطليق المفوضة نفسها وقوع طلقة رجعيا اذا كانت مدخولا بها ولم يكن الطلاق

---

[1] الخرشي ٤/٧٠.
[2] راجع المهذب ٢/٨٠.

مكمِّلا للثلاث.

الحنابلة:

يتفق الحنابلة مع ما ذهب اليه الشافعي في قوله القديم من أنّ التفويض توكيل اذا كان بنحو طلّقي نفسك أو أمرك بيدك. فلا يُشترط فيه الفورية كتوكيل غيرها بالتطليق وله الرجوع بالقول والفعل. جاء في الانصاف: وان قال لأمرأته طلّقي نفسك فلها ذلك كتوكيل الأجنبي فيه بلا نزاع، وظاهر كلام المصنف أن لها أن تطلق نفسها في مجلس الوكالة وبعده، ما لم يبطل حكم الوكالة وكأمرك بيدك وهو صحيح وهو المذهب[1].

غير أن فريقا منهم قال بمثل ما قال به بعض الشافعية من أن التفويض وان كان توكيلا فهو يقتضي الفورية. جاء في الانصاف: (وقال القاضي يتقيّد بالمجلس واختاره إبن عبدوس في تذكرته). ويظهر من كلام الحنابلة أنهم لم يعتبروا التفويض بنحو اختاري نفسك توكيلا، فقد جاء في الاقناع: (وليس لها أن تطلق في اختاري نفسك الا ما دامًا في المجلس ولم ينشأ ما يقطعه)[2].

الجعفرية:

لفقهاء الجعفرية في حكم التفويض آراء ثلاثة:

١ـ قال بعضهم لا يجوز التطليق الا من الزوج نفسه أو وكيله الذي يكون غير زوجه، أخذا بعموم قول النبي ﷺ (الطلاق بيد من أخذ بالساق). ولان التفويض كان من خصائص النبي ﷺ وحتى بالنسبة اليه لم يكن طلاقا، لان نساءه لو اخترن تفويض أنفسهن لطلقهن النبي ﷺ بعد التخيير[3].

٢ـ وقال أكثرهم بالتفويض المتمثل في التوكيل، فللزوج توكيل زوجته في تطليق نفسها أو غيرها، كما يجوز توكيلها غيره من العقود، لأنها كاملة ولا يقدح كونها بمنزلة موجبة وقابلة. لأن المغايرة الاعتبارية كافية، ولأن الطلاق يقبل النيابة، فلا خصوصية للنائب، والتوكيل لا ينافي قول الرسول ﷺ: ((الطلاق بيد من أخذ بالساق)) لان يدها مستفادة من يده، ولان الحديث لا يحتوي على اداة الحصر فدلالته

---

[1] الانصاف ٤٤٦/٨. وما بعدها منتهى الارادات ٢٤٩/٢.

[2] الاقناع ١٣/٣.

[3] راجع شرائع الاسلام ٥٤/٢. جواهر الكلام كتاب الطلاق. مستدرك الوسائل ٩/٣.

عليه ضعيفة[١].

٣ـ وقال جماعة منهم ابن ابي عقيل[٢] يجوز التفويض ولو كان بالتخيير لكن بشرط أن تقول الزوجة أنا طالق، فاذا قالت اخترت نفسي لا يقع الطلاق.

والظاهر أن هذا القول مبنيٌ على أن التفويض عند هذه الجماعة بصوره الثلاث توكيل ويؤخذ ذلك مما ورد في المادة (٢٦٣) من أن الكل توكيل معلق على اختيارها[٣].

الزيدية:

التفويض عندهم أمّا تمليك أو توكيل حسب صيغته[٤].

أ ـ التمليك: هو أن يقول لها ملّكتك طلاقك أو أمرك بيدك أو اختاري نفسك وينوى بالأخيرين التمليك ويترتب على كونه تمليكا الآثار التالية:

١ـ يسقط حقها بانقضاء المجلس وحدوث ما يشعر بالاعراض. والسكوت الطويل في المجلس لا يُعَد اعراضا. هذا اذا لم يكن مشروطا بنحو متى، كطلقي نفسك متى شئت، والا فلها ذلك بعد المجلس أيضا.

٢ـ لا يصح له الرجوع بالقول. ولو قبل القبول أو التطليق، لان الطلاق اسقاط لا رجوع فيه، بخلاف تمليك المال فانه اثبات فالرجوع فيه قبل القبول جائز، وله الرجوع بالفعل قبل القبول وبعده بان يطلّقها قبل تطليقها لنفسها.

٣ـ لا يصح لها أن تطلق نفسها أكثر من مرة واحدة.

ب ـ التوكيل: وهو أن يخاطبها بنحو طلقي نفسك أو وكلتك على الطلاق، ويترتب على كونه توكيلا ما يلي:

١ـ أنها لا تقيد بوقت معين لتطليق نفسها أن لم يحدد لها الوقت.

٢ـ للزوج الرجوع قبل أن تطلّق نفسها ما لم يقل لها كلما عزلتك فانت وكيل أيضا في التطليق.

---

[١] راجع الروضة البهية ١٤٩/٢.

[٢] راجع جواهر الكلام المرجع السابق.

[٣] راجع الاحوال الشخصية للفقه الجعفري.

[٤] راجع التاج المذهب ١٦٤/٢ وما بعدها. الروضة الندية ٥٧/٢. البحر الزخار ١٦٢/٣ وما بعدها.

٣ـ لها أن تطلّق نفسها طلقة واحدة بلا عوض اذا كانت الوكالة مطلقة.

الظاهرية:

التفويض باطل عندهم مطلقا، فمن خير زوجته فاختارت نفسها أو الطلاق أو الزوج أو لم تختر شيئاً، لا يترتب عليه أثر من الفرقة أو الحرمة أو الطلاق، وكذلك الامر في التمليك والتوكيل.

وحجتهم[1].

١ـ الطلاق خاص بالرجل دون النساء.

٢ـ لا يجوز الوكالة في الطلاق لانه لم يأت بالنسبة للتوكيل في الطلاق قران ولا سنة بل قوله تعالى ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ صريح في عدم صحة التطليق من غير الزوج.

٣ـ لم يخاطب القرآن في آيات أحكام الطلاق الا الأزواج، فكل تطليق من غيرهم تجاوز عن حدود الله، ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾. جاء في المحلى[2] ومن جعل الى امرأته أن تطلق نفسها لم يلزمه ذلك ولا تكون طالقاً طلقت نفسها أو لم تطلق لما ذكرنا في الطلاق.

ومن وجهة نظري:

إنّ التفويض عمل مزدوج يجمع بين تخويل الزوجة سلطة التطليق وبين وصول الزوج الى معرفة مدى ما تكنه زوجته له من ود وإخلاص ورغبة في بقاء كيانهما الزوجي، اذ أن الزوج المفوض عندما يخاطب زوجته بنحو طلقي نفسك أو أمرك بيدك، لا يرغب في الافتراق والا فبامكانه أن يطلّقها بنفسه.

ومن هنا تتجلى فلسفة التفويض في تجربة زوجته من جهة، ومن كسب ودها وتشجيعها على عدم الاقدام على هذا العمل من جهة أخرى، فكأنه يقول لها أن الطلاق عمل مذموم وعواقبه وخيمه، والا لكنت اقدمت عليه بنفسي وانني افضّل البقاء واستمرار حياتنا الزوجية، وأمّا أنت فأرجو أن تسلكي نفس ما أسلكه، وان تفكري بما افكر به، وتقدري ما أقدره. وإن أبيتِ الا أن تختاري الفراق فلك مني سلطة التطليق. فعليه التفويض. نوع خاص

[1] راجع المحلى ١٠/١٩٦ وما بعدها.

[2] راجع المرجع السابق ١٠/٢١٦.

من التمليك لا يشبه اي تمليك آخر، ويترتب على ذلك أن للزوجة أن تستخدم هذه السلطة في مجلس التخاطب، ما لم يصدر منها ما يشعر بالاعراض وتأييد فكرة زوجها. وليس للزوج حق الرجوع بالقول لان هذا التمليك فيه شوب تعليق.

موقف القانون من التفويض:

اعترفت أكثر قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية والاسلامية بتفويض الزوجة بالتطليق.

العراقي:

أقر التعديل الخامس لقانون الأحوال الشخصية حق الزوجة في أن تطلّق نفسها بعد الغاء المادة (٣٤) التي كانت تُقر التوكيل للزوجة ولغيرها، فألغاه بالنسبة لغيرها كما يلي:

المادة الأولى ـ تُلغى المادة الرابعة والثلاثون ويحل محلها ما يأتي:

أولاً ـ الطلاق رفع قيد الزواج بايقاع من الزوج أو من الزوجة أن وُكلت به أو فُوضت أو من القاضي. ولا يقع الطلاق الا بالصيغة المخصوصة له شرعا.

ثانياً ـ لا يعتد بالوكالة في اجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم في ايقاع الطلاق.

المادة الثانية ـ لا يعمل بأي نص يتعارض مع أحكام هذا القانون[1].

ففي هذا التعديل عطف المشرّع التفويض على التوكيل، فالعطف اذا كان للمغايرة كما هو الأصل يكون المراد من التفويض التمليك. وان كان عطف تفسير يكون المقصود منه التوكيل لزيادة الايضاح. فعلى أي حال أن ظاهر النص يؤيد الاحتمال الأول.

السوري:

(للزوج أن يوكل غيره بالتطليق وان يفوض المرأة بتطليقها نفسها). (م ٨٧/٢)

---

[1] التعديل الخامس رقم (١٥٦) المنشور في الجريدة الرسمية العدد (٢٧٩٥) السنة (٢٣) في ٢٢/ايلول/١٩٨٠.

المغربي:

(الطلاق هو حل عقد النكاح بإيقاع الزوج أو وكيله أو من فوض له في ذلك أو الزوجة أن ملكت هذا الحق أو القاضي). (الفصل ٤٤)

هنا المشّرع اختار تعبير (ملكت) بدلا من (فوضت) فلا غموض.

التونسي:

رفض المشرع التونسي الاعتراف بوقوع الطلاق وكالة أو تفويضا، وذلك بما أقرّه من الفصلين (٣٢،٣٠) كما يلي:

(لا يقع الطلاق الا لدى المحكمة) (الفصل ٣٠).

(لا يُحكم بالطلاق الا بعد أن يجري رئيس المحكمة أو من ينوبه محاولة صلح بين الزوجين، ويعجز عن الاصلاح بينهما).

الأردني:

(للزوج أن يوكل غيره بالتطليق، وان يفّوض الزوجة بتطليق نفسها على أن يكون ذلك بمستند خطي). (م٨٧).

الجزائري:

نصت المادة (٤٣) من المشروع التمهيدي لقانون الأحوال الشخصية الجزائري على أن (الطلاق حل عقد الزواج وهو بيد الزوج ولا يثبت الا بحكم بعد محاولة الصلح).

ويبدو من هذا النص: أن المشّرع الجزائري متأثر بالمشرع التونسي في رفض كل لون من الوان التوكيل في الطلاق. وعدم جواز التوكيل في الطلاق هو مذهب الظاهرية كما بّينا سابقا. ولكن تقييد الطلاق بهذا الاجراء القضائي لم يقل به أحد من فقهاء المسلمين بالنسبة للطلاق دون مقابل. وأمّا في الخلع (الطلاق ببدل) فقد قال بعض الفقهاء يجب أن يكون أمّام السلطان أو من يخّوله هو، كما يأتي في الفصل الخامس.



الفصل الخامس
مدى حرية ارادة الزوجين
في الأتفاق على أنهاء رابطة الزوجية

من المعلوم أن الزواج عقد ملزم للجـانبين، فالأصــل فيــه أن لا يفســخ ولا ينتهـي مفعولـه الشـرعي بـالارادة المنفـردة، وان اختصـاص الزوج بسلطة التطليق كان لحكم سبق أن ذكرنا جانبـا منها. فعليه أن اتفاق الزوجين على أنهاء رابطة الزوجية لا يخرج عن طبيعة هذا العقـد. ومـن الطبيعـي أن يُقـر الاسـلام هـذا الإتفاق كما أقرته اكثر الشرائع السماوية والوضعية، غير أنـه لم يترك ارادة الزوجين حرة في هذا الإتفـاق، بـل وضـع لـه أسســا معظمها من صالح الزوجة، لأنها طرف ضعيف في هذه العلاقـة. وفرض قيـودا علـى إرادة الـزوجين منهـا تعـود الى الأسـباب الموجبة ومنها الى الأهلية، ومنها الى العوض الـذي يُبـذل مـن جانب الزوجة للزوج.

وأكد جمهور فقهاء المسلمين ضرورة عدم كون هذا الاتفاق صوريا، بل يجب أن يتجلى فيه رضاء الزوجة بصورة كاملة، متمسكين في رأيهم هذا بالنصوص الواردة في القرآن الكريم بهذا الشان. وجرت عادتهم أن يبحثوا أحكام هذا الإتفاق تحت عنوان (الخلع). ونتناول في هذا الفصل حقيقته وأدلته وحكمه وعناصره وتكييفه الفقهي في ثلاثة مباحث.

المبحث الأول

الخُـلـع

تعريفه. ادلته. حكمه

تعريفه:

الخُلع لغة: الازالة. يقال خلع فلان ثوبه، أي: أزاله عن جسده.

وشرعها: اتفاق الزوجين، أو من ينوب عنهما على إنهاء رابطة الزوجية مقابل عوض يدفع من جانب الزوجة الى الزوج.

وهذا التصرف الإتفاقي كما يُسمّى في اصطلاح الفقهاء خُلعا، كذلك يسمى فدية وصلحا ومبارأة. ومن الفقهاء من فرّق بينها.

فقال المالكية[1]، والاباضية[2]: العوض في الخلع يسأوي ما وصل اليها منه، وفي الصلح أقل، وفي الفدية أكثر، وفي المبارأة اسقاط حق لها عليه. وفي قول لمالك حكاه ابن العربي[3]: أن المبارأة هي المخالعة بما لها قبل الدخول. والمخالعة اذا فعلت لذلك بعد الدخول. والفدية هي للمخالعة ببعض مالها .

وقال الطوسي[4] من الجعفرية: فرّق أصحابنا بين لفظ الخلع والمبارأة في الطلاق بعوض، فاجازوا في لفظ الخلع من العوض ما يتراضيان عليه قليلا كان أو كثيرا، ولم يجيزوا من لفظ المبارأة الا دون المهر.

ويرى أبو يوسف صاحب أبي حنيفة: أنّ جميع الحقوق الواجبة بعقد الزواج تسقط بالمبارأة دون الخلع.

---

[1] المدونة الكبرى ٢٨/٥. تفسير القرطبي ١٤٥/٣.

[2] شرح النيل ٤٨٠/٣.

[3] تفسير ابن العربي أحكام القرآن ١٩٤/١ ، بداية المجتهد٥٥/٢.

[4] الخلاف للطوسي ٢٢٢/٢ .والكافي ١٤٢/٦ وما بعدها.

ورأي أنه لا أهمية لهذا الاختلاف، بل المهم في صحة الاتفاق هو التراضي التام والأهلية الكاملة أيا كان العوض كمّاً وكيفاً.

أدلة مشروعية الخلع:

أ ـ القرآن الكريم: قال تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾[1].

ب ـ السنة النبوية: عن ابن عباس ﷺ: أنّ إمرأة ثابت بن قيس قالت يا رسول الله، ثابت بن قيس لا اعيب عليه في خلق ولا دين، ولكن أكره الكفر[2] بعد الدخول في الاسلام. فقال رسول ﷺ اتَرُدّين عليه حديقته؟ قالت: نعم. قال: إقبل الحديقةَ وطلّقها طلقة واحدة[3]. والحديقة كانت مهرا لها. واستدل بعض الفقهاء بهذا الحديث على أن عوض الخلع يجب أن لاّ يزيد عما دفعه الزوج الى زوجته.

حكمة:

١ـ قال أبو بكر بن عبدالله المزني: لا يجوز الخلع في أساسه، ولا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته شيئاً. وان ذلك كان حكما ثبت بقوله تعالى ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ ونسخ بقوله تعالى ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً... الآية﴾. وهذا الرأي مردود لان من شروط النسخ تناقض الآيتين، ولم يتحقق ذلك هنا، لان الآية الثانية مبنية على أن يكون الأخذ بغير رضاها، والأولى تدل على الجواز برضاها، فلا تناقض.

---

[1] ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ (البقرة:٢٢٩).

[2] أي كفران التقصير فيما يجب له.

[3] اخرجه البخاري وابو داود والنسائي وهو حديث متفق على صحته. وفي رواية: (اني ما اعتب عليه في خلق ولا دين ولكن اكره الكفر في الاسلام فقال رسول الله ﷺ اتردين عليه حديقته... الى آخره) رواه البخاري ومسلم. نيل الأوطار ٢٧٦/٦.

٢ـ وقال جماعة لا يجوز الا في حالة ثبوت الخيانة الزوجية من الزوجة.

٣ـ وقال بعض لا يجوز الخلع الا عند السلطان (رئيس الدولة)، أو من يخوله هو كالقاضي، وهو رأي الحسن البصري، وابن سيرين وسعيد بن جبير. ويرد هذا الرأي بانه لا يوجد دليل يثبت صحة ذلك، وان كان رأيا وجيها بالنسبة الى ضمان حق الزوجة.

٤ـ قال الجمهور كان الخلع موجودا قبل الاسلام وأقره الاسلام تحت رعاية قيود تحوم كلها حول شيء واحد وهو أن لا يكون في هذا الاتفاق تعسف بحق المرأة. واختلفت وجهة نظر الفقهاء في تلك القيود وفي الآثار التي تترتب على مخالفتها.

الحنفية:

قالوا في حكم الخلع أنه يباح اذا كان بسبب منهما أو منهـا لقولـه تعـالى ﴿فَـلا جُنَـاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾. ويكره كراهة تحريم اذا كان بنشوزه، أو كان عنـد الاسـتقامة وبـلا سبب، ولقوله تعالى ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَاراً فَـلا تَأْخُـذُوا مِنْهُ شَيْئاً... الآية﴾.[1]

المالكية:

اذا كان النشوز من الزوج لا يجوز له أن يأخذ شيئاً منها من العوض، وان كان النشوز منها جاز أن يأخذ منها ما اعطته دون تحديد اذا كان برضاها، ولم يكن مصدر رضائها عضله[2].

الشافعية:

يكره بلا سبب، ويستحب لمبرر، ويحرم ويبطل اذا كان نتيجة لعمل قام به الزوج ضدها، كامتناعه عن الانفاق عليها. جاء في المهذب: (اذا كرهت زوجها لقبح منظر أو سوء عشرة وخافت أن لا تؤدي حقه، جاز أن تخالعه على عوض لقوله تعالى ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ

---

[1] (وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَاراً فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَاناً وَإِثْماً مُبِيناً) (النساء:٢٠) شرح فتح القدير ٣/١٩٩ وما بعدها. الجوهرة ٢/١٣٥ وما بعدها.

[2] المدونة الكبرى ٦/١٢ وما بعدها شرح الخرشي ٤/١٢ ومابعدها بدية المجتهد ٢/٥٦.

اللّه... الآية﴾. ولحديث ثابت بن قيس، ولانه رفع عقد بالتراضي جعل لدفع الضرر. واذا منعها حقها لتخالعه فالعمل غير جائز حكما لكن يقع الطلاق[1] ويسقط العوض، لانه بغير حق[2]، لقوله تعالى ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ﴾. وقال جمهور فقهاء الشافعية: أن الخلع يندب لمن حلف بالثلاث على شيء، لا بد له من فعله. وعلّق إبن القيم على هذا الرأي[3] فقال: ومن الحيل الباطلة الحيلة على التخلص من الحنث بالخلع، ثم يفعل المحلوف عليه حال البينونة، ثم يعود الى النكاح، وهذه الحيلة باطلة شرعا وباطلة على أصول أئمة الامصار. ومن عرف سيرة الشافعي وفضله ومكانته في الاسلام، علم أنه لم يكن معروفا بفعل الحيل. ويقول ابو عبدالله الزبيري وهو من أحد الائمة الكبار من الشافعية: لا أعرف هذا من قول الشافعي، ولا بلغني أن له في هذا قولا معروفا، ولا أرى من يذكر هذا عنه الا مُحيلا.

الحنابلة:

الخلع لسوء عشرة بين الزوجين جائز واذا كانت الحال مستقيمة فالمذهب وقوعه مع الكراهة، وفي رواية يُحرم ولا يقع. واذا منعها حقها لتختلع منه ففعلت ولم تكن زنت، فالخلع باطل والعوض مردود والزوجية بحالها الا أن يكون طلاقا فيقع رجعيا، لان النهي من قوله تعالى (ولا تعضلوهن) الآية يقتضي فساد المنهي عنه[4].

الجعفرية:

كراهية الزوجة أو كليهما شرط أساس لصحة الخلع عندهم بالاجماع وبالأحاديث المستفيضة لديهم، ولو خالعها والاخلاق ملتئمة لم يصح الخلع. فمن اتبعه بالطلاق ففي وقوعه رجعيا وجهان: أحدهما يقع ولا يملك العوض وثانيهما لا يقع. ولا يجوز الاضرار بالمرأة

---

[1] اي رجعيا فله أن يراجعها لان الرجعة أنما تسقط بالعوض وقد سقط العوض فتثبت الرجعة.

[2] المهذب ٧١/٢.

[3] لعلام الموقعين لابن القيم ٢٨١/٣. وما بعدها.

[4] المحرر ٤٤/٢، المغني ١٧٤/٨. منتهى الارادات ٢٣٦/٢ وما بعدها. الانصاف ٣٨٢/٨ وما بعدها.

حتى تفتدي. واذا أتت بفاحشة جاز عضلها لتفتدي نفسها وقال بعضهم لا يجوز في هذه الحـال ايضـا[1].

الزيدية:

من شروط صحة الخلع عندهم أن تكون الزوجة وقت الخلع ناشزة عن شيء مما يلزمها له من فعل أو ترك، سواء أكانت الزوجة في بيت زوجها ام لا. ولا نشوز مع سوء العشرة منه، وما وقع من غير كراهية ولا نشوز ولا خوف لا يصح، لقوله تعالى ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ... الآية﴾. وقال بعضهم يصح الخلع بتراضيهما ولو لم يكن منها نشوز[2] فان ارتكبت فاحشة فمنعها حقها فخالعته فوجهان، اصحهما لا يصح.

الظاهرية:

قالوا: الخلع هو الافتداء اذا كرهت المرأة زوجها فخافت أن لا توفّيه حقه، أو خافت أن يبغضها فلا يوفّيها حقها فلها أن تفتدي منه ويطلقها أن رضي هو. ولا يحل الافتداء الا بأحد الوجهين المذكورين أو باجتماعهما، فان وقع بغير ذلك فهو باطل ويردّ عليها ما أخذ منها وهي زوجته كما كانت ويبطل طلاقه ويمنع من ظلمها فقط[3].

الاباضية:

لا يشترط عندهم أن تكون الكراهية من الزوجة، بـل يكفـي لجـواز الخلـع النشـوز مـن أحدهما، جاء في شرح النيل[4] ولا يجوز لاحدهما الاّ بنشوز من الآخر، والخلع لعضـل الـزوج يقع به الطلاق ولا يحل العوض ديانة ويجب عليه رده[5].

---

[1] مستدرك الوسائل ٢٤/٣ وما بعدها. رياض المسائل كتاب الطلاق. المختصر النافع ص٢٢٧. الخلاف للطوسي ٢١٣/٢ وما بعدها الكافي ١٣٩/٦ وما بعدها.

[2] راجع تاج المذهب ١٧٧/٢ وما بعدها. البحر الزخار ١٧٦/٣ وما بعدها. الروض النضير ١٦٩/٤.

[3] راجع المحلى ٢٤٥/١٠ وما بعدها.

[4] شرح النيل ٤٨٠/٣.

[5] المرجع السابق، جوهر النظام ٢٢٧/٢.

الإستنتاج والترجيح:

نستنتج من هذا الاستعراض ومن غيره أن فقهاء الشريعة اختلفوا في حكم الخلع على الأحوال الآتية:

١ـ لا يجوز الخلع الا عند السلطان أو من ينوب عنه لأن السلطان مسؤول عن الاصلاح والخلع لا يكون الا بعد العجز عن الاصلاح. وهذا ما اختاره الحسن البصري، وابن سيرين، وسعيد بن جبير[1]. وأخذ به القانون التونسي والجزائري كما سبق. ويُرد بانه يتعارض مع عموم النصوص، والعام لا يخصّص الا بدليل ثابت. ولأن بعض المشاكل العائلية قد تستعصي الى درجة يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية.

٢ـ لا يجوز الا بعد ثبوت فاحشة الزنا الثابتة بمشاهدة الزوج لقوله تعالى ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾[2]. وهذا ما ذهب اليه ابن سيرين وأبو قلابة، حيث كانا يقولان لا يحل للزوج الخلع حتى يجد على بطنها رجلا، لأن الله تعالى قال ﴿إلا أن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ وهي الزنا. ويُرد بان تخصيص الفاحشة بالزنا لا دليل عليه، وبان هذا الرأي يصطدم مع قضاء الرسول ﷺ بخلع إمرأة ثابت بن قيس من أنها لم تكن متهمة بهذه التهمة بل كان الخلع بطلب منها.

٣ـ الخلع باطل الا في حالة قيام الكراهية والنشوز من أحدهما أو من كليهما، عملا بمفهوم مخالفة الشرط الوارد في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾. وهذا هو مذهب الجعفرية، والزيدية، والظاهرية.

ويناقش بان الشرط الوارد في النص المذكور جار مجرى الغالب، ومن شروط العمل بمفهوم المخالفة ألاّ يكون القيد الوارد في النص جاريا مجرى الغالب[3]. والخلع غالبا يكون في حال الشقاق والكراهية، ولكن هذا لا يعني أن كل خلع يصادف هذا الظرف وينشأ عنه.

---

[1] المحلى لابن حزم الظاهري ٢٣٧/١٠.

[2] (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهاً وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَن تَكْرَهُوا شَيْئاً وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْراً كَثِيراً) (النساء:١٩). العيني المرجع السابق ٢٦٠/٢٠.

[3] دلالات النصوص وطرق استنباط الاحكام للمؤلف ص١٧٤، ١٧٥.

٤ـ يصح الخلع ويقع الطلاق ويبطل العوض أن كان النشوز من الزوج، وهذا ما أخذ به كثير من الفقهاء كالحنفية، والمالكية، والشافعية، والاباضيـة... على أساس أنّ النهي في قوله تعالى: (ولا تعضلوهن) يقتضي فساد العوض فقط، ويناقش بانه يتعارض مع مقتضى الخلع، لان طلاق الزوج كان مقابل التزام الزوجة بالبدل، بالاضافة الى أن القول ببطلان العوض وصحة الطلاق تحكمٌ وترجيح بلا مرّجح.

منشأ الخلاف:

اتضح من التعليلات المذكورة أنّ منشأ خلافهم هو الاختلاف في تفسير نصوص أحكام الخلع من حيث الأخذ بالعموم أو التخصيص، ومن حيث التوفيق بينها، أو الاخذ بمفهوم المخالفة، أو الاستعانة بالسنة النبوية...

الترجيح:

من البدهي أن الركن الأساس في هذا التصرف (الخلع) هو التراضي وتلاقي ارادة الزوجين في أنهاء رابطة زوجية مقابل التزام الزوجة ببدل. فاذا اقترن الاتفاق بعيب من عيوب الارادة كالعضل والضغط والتغرير مع الغبن، فانه يعتبر باطلا شانه شان سائر المعاوضات .

أمّا اذا كان التزام الزوجة بدفع البدل مقابل استعادة حريتها، وان منشأ ذلك ليس نشوز الزوج أو ظلمه، وانما عدم الانسجام لعوامل غريزية أو غيرها، كتفأوت السن أو المركز الثقافي أو الاجتماعي أو غير ذلك، مما لا ذنب فيه للزوج، فعندئذ لا يجد القاضي أو المفتي دليلا على بطلان الخلع وعدم ترتب آثاره. أمّا اذا كان مصدر رضا الزوجة بالتزامها مقابل الطلاق هو ظلم الزوج وامتناعه عن حقوقها للضغط عليها واجبارها على قبول الخلع، فإن بطلانه ليس محل التردد والنقاش، فالطلاق لا يقع، والعوض يُردّ، والزوجية باقية كما كانت، كما هو رأي الحنابلة، والظاهرية، وجماعة من الجعفرية، وجمهور الزيدية. ويعزز هذا الاتجاه ظاهر نصوص أحكام الخلع كما سبق.

أمّا القول بوقوع الطلاق وبطلان التزام الزوجة بدفع العوض فإنه بالاضافة الى تعارضه مع ظاهر النصوص، يصطدم مع مقتضى الخلع.

المبحث الثاني
عناصر الخُلع
الصيغة. المُخالع. المُختلعة. العوض

لا أرى وجها لإستعراض الآراء فيما يجب أن يتوفر في المخالع حتى يصح خلعه، بعد أن سردنا تلك الآراء بالنسبة للمطلق وناقشناها في محله[1]، وذلك لما وصل اليه الفقهاء من قاعدة عامة وهي أنّ كل من صح طلاقه صح خلعه، لأن الخلع طلاق بعوض، فاذا جاز بلا عوض فبالعوض من باب أولى، ولذلك نقتصر على عرض بقية العناصر بأسلوب تبرز فيه مجالات حرية الإرادة أو تقييدها في فروع ثلاثة:

الفرع الأول
صيغة الخُلع

لم يتفق الفقهاء على صيغة معيّنة للخلع ومنشأ خلافهم التأثر بظاهر بعض النصوص والأعراف والعادات المحلية، واختلافهم في تكييف الخلع هل هو طلاق أو فسخ؟.

قال الحنفية[2]: صريح الايجاب في الخلع خالعتك، أو بارئتك، أو فارقتك، أو طلّقتك، أو طلّقي نفسك على ألف دينار مثلا، والقبول يكون في المجلس اذا لم يكن الايجاب معلقا كمتى ابرأتني من مهرك فانت طالق.

وقال المالكية[3]، **والظاهرية**[1]، **والاباضية**[2]، **والحنابلة**[3]: صريحه، مشتقات الفدية، والصلح، والمبارأة والخلع. والقبول يكون في مجلس الايجاب أو مجلس العلم في التنجيز. أمّا في التعليق على الاقباض أو الاداء فلا يختص اقباضها أو اداؤها بالمجلس.

---

(1) راجع ص٥ وما بعدها.
(2) شرح فتح القدير ٣/٢١٥. المبسوط ٦/١٧٢.
(3) المدونة الكبرى ٥/٢٨.

ويرى المالكية جواز الخلع بالمعاطاة اذا قام العرف دليلا على قصد الزوجين في ذلك. قال الخرشي[4]: (وكفت المعاطاة كان تعطيه شيئاً على وجه يُفهم منه أنه في نظير العصمة، ويفعل فعلا يدل على قبول ذلك، كان تكون عاداتهم أنها اذا خلعت سوارها من يدها ودفعته له، أو خرجت من الدار ولم يمنعها: أنه طلاق).

وقال الشافعية[5]، والزيدية[6]: صيغة الخلع هي صيغة الطلاق صراحة أو كناية. وللشافعية في لفظ الخلع ومشتقاته ثلاثة اقوال:

كناية لا يقع بها فرقة الا مع النية وهو قول الشافعي في الأم. وفسخ وهو قوله القديم. وصريح يقع به الطلاق بلا نية وهو قوله في الاملاء.

والقبول يكون في المجلس في التنجيز، وكذا في التعليق بـ (ان) لان لفظ أن عام يشمل الحال والمستقبل، فاذا اقترن به العوض يُحمل على الحال قياسا على المعاوضـات ، والعموم يجوز تخصيصه بالقياس. وفي نحو (متى) يجوز القبول على التراخي. وفي (اذا) خلاف في الحاقه بـ(ان) أو (متى)، فرجح الشيرازي الثاني في المهذب[7] لأنه يفيد ما يفيده متى ونحوه.

وقال الجعفرية[8]: صريح الايجاب في الخلع هو قول الزوج لزوجته خالعتك على كذا، اذا كان سبب الخلع كراهية الزوجة، وبارئتك أو فاديتك على كذا، اذا كانت الكراهية من الطرفين. غير أنهم قالوا يجب اتباع صيغة الخلع بصيغة الطلاق، والا فلا يترتب عليها شيء، بان يقول (خالعتك على كذا فانت طالق) أو (بارئتك على كذا فانت طالق) وهذا القول بالنسبة لصيغة بارئتك محل اتفاق الجميع.

---

(1) المحلى ٢٣٠/١٠، وما بعدها.
(2) شرح النيل ٤٨٠/٣.
(3) الانصاف ٣٩٢/٨، منتهى الارادات ٢٣٨/٢.
(4) شرح الخرشي ٢٣/٤.
(5) المهذب ٧٢/٢ نهاية المحتاج ٣٩٧/٦.
(6) التاج المذهب ١٨٠/٢ وما بعدها. البحر الزخار ١٧٩/٣.
(7) المرجع السابق.
(8) شرائع السلام ٦٩/٣. مستدرك الوسائل ٢٤/٣. رياض المسائل المجلد الثاني كتاب الطلاق. الخلاف للطوسي ٢١٣/٢.

الاستنتاج والترجيح:

نستنتج من هذا العرض أن المدرسة الجعفرية اتخذت اتجاها معاكسا للاتجاه الذي اختارته المدرسة المالكية، فكلا الاتجاهين متشددان: فالتطرف المالكي في التوسع وصل الى حد ألغى اعتبار الصيغة في أمر خطير يتعلق بكيان الاسرة، والاكتفاء فيه بالمعاطاة. والتفكير الجعفري لم يتقيد بصيغ الخلع التقليدية فحسب بل ازداد تقيدا باعتباره صيغة الطلاق كجزء متمم لصيغة الخلع، ففرض على ارادة الزوج المخالع أن يقول في الايجاب (خالعتك على كذا فانت طالق).

وأمّا بقية الفقهاء وان سلكوا مسلكا وسطا، الا أنهم لم يخرجوا عن تقييد ارادة الزوج ببعض الصيغ التقليدية. والذي يبدو لي راجحا هو: أنّ الشريعة الاسلامية لم تعتبر هذه الصيغ الشكلية اصطلاحات توقيفية تلزم المكلف باتباعها في كل زمان ومكان، بل تركت الأمر في ذلك للعرف السائد في المحيط الذي يعيش فيه الزوجان.

الفرع الثاني
المختلعـــة

اذا كانت الزوجة بالغة عاقلة مختارة صحيحة وغير محجور عليها لسفه، فلا خلاف في صحة اختلاعها وحرية ارادتها في الالتزام بدفع العوض الى زوجها مقابل أنهاء رابطتها الزوجية. وكذا لا خلاف في بطلان اختلاع الصغيرة وغير المميزة والمجنونة ومن في حكمها اذا باشرت الخلع بنفسها.

وانما الخلاف في حكم خلع المريضة، والسفيهة، والصغيرة المميزة، والخلع من الولي.

المريضة:

قال الحنفية[1]: إذا كانت الزوجة مريضة، وخالعها زوجها على مال، فان ماتت في العدة بمرضها فللزوج الاقل من ميراثه منها، وبدل الخلع، وثلث المال. وخالف في ذلك زفر، فقال

---

[1] راجع البحر الرائق ٨٠/٤. شرح فتح القدير ٢١٨/٣.

يخرج العوض من جميع المال. وان مات بعدها فله الاقل من البدل والثلث. وان شفيت من المرض فله العوض المتفق عليه.

وقال المالكية[1]: إذا اختلعت المريضة وهو صحيح بجميع مالها، قال مالك: لم يجز ويقع الطلاق، ولا يرثها، وعليه الجمهور. وقال ابن القاسم: أن كان العوض أكثر من ميراثه منها فله قدر ميراثه ويرد الزائد. وقول مالك (لم يجز) قال بعض فقهائه كابن المواز وابن نافع: أي يبطل جميعه. وقال بعض ومنهم عياض: أي لم يجز القدر الزائد على ارثه. فعليه يكون خلاف ابن القاسم مع مالك حقيقياً على التفسير الأول ولفظيا على الثاني، إلاّ أنه يؤخذ من مفهوم كلام مالك (بجميع مالها، جوازه ببعض مالها).

وقال الشافعية: خلع المريضة جائز بقدر مهر مثلها، وان زاد فالزيادة من الثلث. جاء في تحفة المحتاج[2] (ويصح اختلاع المريضة مرض الموت لان لها صرف مالها في شهواتها بخلاف السفيهة، ولا يُحسب من الثلث الا الزائد من مهر المثل لان الزائد عليه هو التبرع).

قال الحنابلة: إذا اختلعت المريضة فللزوج الأقل من بدل الخلع ومن ميراثه منها، جاء في الانصاف[3]: (وان خالعته في مرض موتها فله الاقل من المسمى أو ميراثه منها). وجاء نظير هذا في المغني[4]. وبذلك يتفق رأي الحنابلة مع قول ابن القاسم من المالكية.

وقال الزيدية: ينفذ العوض من الثلث، فان كان أكثر منه فالزائد لا يجوز صرفه للزوج الا بأذن الوارثين وقت الخلع لا وقت الموت، جاء في التاج المذهب: (إذا طلق المريضة على عوض منها أو من مريض غيرها ولو كانت صحيحة، سواء كان العوض قدر الثلث أو اكثر منه، ولم يجز الورثة، فلا ينفّذ ذلك العوض في حال المرض المخوف إذا وقع الموت منه الا من الثلث فقط، ويعتبر الثلث ووجود الوارث وعدمه في العقد وقت العقد)[5]. أي وقت الخلع.

الجعفرية: لم يفرق فقهاء الجعفرية بين خلع المريضة وخلع الصحيحة لان القرآن لم يفصّل، قال الطوسي في الخلاف[6]: إذا خالعت المرأة في مرضها بأكثر من مهر مثلها كان الكل من

---

[1] راجع شرح الخرشي ٤/٢٠.

[2] ٧/٨٨، المهذب ٢/٧٤.

[3] الانصاف ٨/٤١٩. وفيه: (هذا المذهب. جزم به في المغني والشرح، وابن منجا، والخرقي، والزركشي، والوجيز وغيرهم).

[4] ٧/٨٨ .

[5] التاج المذهب ٢/١٩١.

[6] الخلاف للطوسي ٢/٢٢٢.

سلب مالها لقوله تعالى ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ فلم يفرّق بين حال الصحة والمرض فوجب حمله على عمومه الا أن يقوم دليل).

الظاهرية: لم يفرقوا بين الصحيحة والمريضة كالجعفرية لعدم وجود هذا التفريق في القرآن الكريم[1].

السفيهة والصغيرة المميزة:

قال الحنفية[2]: أن باشرت الخلع الصغيرة بنفسها فان قبلت وهي تعقل أنّ النكاح عمل ايجابي يفيد استمرار الحياة الزوجية، وأنّ الخلع عمل سلبي ينهي رابطة الزوجية، صح الخلع ووقع الطلاق رجعيا أو بائنا حسب ظروفه، ولكن لا يلزمها المال، لانها ليست من اهل التبرع. وان لم تقبل، أو لم تكن أهلا للقبول بطل الخلع.

وقال المالكية[3]: يجب أن يكون الملتزم بعوض اهلا للتبرع غير محجور عليه لصغر أو جنون أو سفه، ففي الصغيرة المميزة والسفيهة يقع الطلاق بائنا ويلغو العوض إذا لم تتضمن الصيغة التعليق على استحقاق المال، والا لغا الطلاق ايضا لعدم أهلية الالتزام.

وقال الشافعية[4]: شرطُ قابل الخلع اطلاق التصرف، فان خالع محجورا عليها لسفه وكانت مدخولا بها وقع الطلاق رجعيا ولغا العوض، وان اذن لها الولي فيه لعدم أهلية التصرف، وليس لوليّها صرف مالها بغير عوض مالي. وهذا إذا لم يخش عليها أو على مالها من زوجها، فإن خشي ولم يكن دفع ذلك الا بالخلع فالقول الأوجه عندهم جوازه دفعا للظلم عنها. ولا يجوز أن يخلع البنت الصغيرة، فان خالعها بشيء من مالها يقع الطلاق ولا يستحق البدل. وان كان بعد الدخول فله أن يراجعها.

الحنابلة[5]: وان خالعت محجورة بسفه أو صغر أو جنون لم يصح ولو اذن الولي.

---

(1) المحلى١٠/٢٣٥ وما بعدها.

(2) راجع فتح شرح القدير ٣/٢١٨ وما بعدها. البحر الرائق ٤/٨٠ المبسوط ٦/١٧٨.

(3) راجع شرح الخرشي ٤/١٢ وما بعدها. الشرح الكبير للدردير ٢/٣٨٤.

(4) راجع المهذب ٢/٧١. نهاية المحتاج ٨/٣٨٨.

(5) المغني ٧/٨٣ وفيه: (فأمّا المحجور عليها لسفه أو صغر أو جنون فلا يصح بذل العوض منها في الخلع لانه تصرف في المال وليس هي من أهله وسواء اذن فيه الولي أو لم يأذن).

الجعفرية: قال في تحرير الأحكام: (ان خلع الصغيرة فاسدٌ، وكذلك خلع السفيهة الا إذا اذن لها به القيّم، فانه يصح إذا كان ذلك في مصلحتها)[1].

الزيدية[2]: المحجورة بالدَّين يصح اختلاعها ويبقى العوض بذمتها الى اذن الحاكم أو رفع الحجر. أمّا المحجورة بالسفه فتصرفاتها المالية باطلة. أمّا الصغيرة المميزة فان كان العوض منها، فلا خلع ولا طلاق.

الظاهرية: يشترط عندهم أن يكون الخلع من زوجة كاملة الأهلية، فلا يجوز من صغيرة ولو كانت مميزة أو كان العوض من غيرها. والسفيهة بالمعنى المعروف لدى بقية الفقهاء، تعتبر كاملة الاهلية لدى الظاهرية كما سبق[3].

ومن هذا الاستعراض نستنتج أن رأي الفقهاء كاد أن يتفق على أن المختلعة يعتبر فيها أن تكون اهلا للتبرع، لأن الخلع بالنسبة للزوجة عقد معاوضة فيها شوب التبرع، فاذا باشرت الصغيرة المميزة أو السفيهة الخلع بنفسها لا يترتب عليه التزامها بالعوض وان اذن لها الولي.

ويرى الشافعية، وبعض الجعفرية: أن المختلعة السفيهة المحجور عليها إذا باشرت الخلع بنفسها بإذن من وليها أو قيّمها، وكان لها في ذلك مصلحة، صح الخلع والالتزام.

وأرى أن هذا الرأي (للشافعية وبعض الجعفرية) هو الأفقه ما دام الخلع يحقق مصلحة للزوجة بان يخشى عليها أو على مالها من زوجها ولم يمكن دفع ذلك الا بالخلع، اذ أن هذه المصلحة ترجح جانب المعاوضة في هذا الخلع على جانب التبرع، فيكون عملا دائرا بين النفع والضرر ويصح بإذن الولي أو القيّم. أمّا إذا لم تكن هناك مصلحة أو لم يؤذن لها فبطلان الالتزام يكون محل الاتفاق، سواء في ذلك الصغيرة المميزة والسفيهة المحجور عليها.

وأمّا الطلاق فقد قال الحنفية: يقع رجعيا أو بائنا على أساس أن العوض ليس شرطا في الخلع.

وقال المالكية: يقع بائنا إذا لم تتضمن الصيغة التعليق على استحقاق المال.

وقال الشافعية: يقع رجعيا أن كانت مدخولاً بها والا فبائنا لان له أن يطلق مجانا.

وأرى أن هذا الاطلاق منهم ليس وجيها، بل على القاضي أو المفتي أن يستفسر عما

---

[1] راجع تحرير الاحكام ٥٨/٢.

[2] راجع التاج المذهب ١٧٦/٢ وما بعدها. البحر الزخار ١٨١/٣ وما بعدها.

[3] راجع ص٥٧ بشأن السفيه لدى الظاهرية والمحلى ٢٥٩/٨.

كان يقصده المخالع في هذا التصرف ثم يحكم أو يفتي في ضوء ما يصل اليه. فان كان المخالع عالما بان المختلعة ليست أهلا للالتزام فيعتبر هو المفوت لحقه في العوض، فكانه طلقها مجانا فيقع طلاقه. أمّا إذا كان جاهلا بهذا الواقع وانه لم يخالعها الا طمعا في الحصول على بدل العوض، ففي اعتقادي أن هذا الخلع الصوري لا يؤثر على علاقتها الزوجية بل الزوجية باقية بحالها. ويؤيد ذلك ما ذهب اليه المالكية من أن الطلاق يقع بائنا ويلغو العوض إذا لم تتضمن الصيغة التعليق على استحقاق المال والا لغا الطلاق أيضا لعدم أهلية الالتزام.

الخلع من الولي:

إذا لم تكن للزوجة الأهلية الكاملة، فهل لوليها سلطة الاختلاع عنها؟

قال الحنفية[1]: يجوز الخلع من الولي إذا ضمن البدل، لان الزوج ينفرد بالايقاع واشتراط القبول لمجرد التزام المال وقد تم ذلك من الولي. وان لم يضمن البدل لغا العوض، والطلاق يقع أن قلنا أنه معلق على القبول، والا فلا يقع أن قلنا أنه مقابل استحقاق البدل.

وقال المالكية[2]: جاز خلع الأب عن ابنته المجبرة من مالها ولو بجميع مهرها. وعن السفيهة جاز بأذنها مطلقا من ماله أو من مالها، وكذا بغير اذنها إذا كان من ماله والا ففيه قولان احدهما يقع والآخر لا يقع.

وقال الشافعية[3]: لكل شخص حرية الارادة في الاختلاع عن اية زوجة صغيرة كانت أم كبيرة أم سفيهة، إذا التزم بدفع العوض من ماله وان كرهت الزوجة، بناء على (ان الطلاق مما يستقل به الزوج) (وان المختلع مستقل بالالتزام). ولا يجوز أن يختلع بمالها، فان خالعها الاب بمالها يقع الطلاق رجعيا بعد الدخول وبائنا قبل الدخول دون مقابل.

وقال الحنابلة[4]: ليس لأب القاصرة أن يخالع من مالها، فان قال طلق بنتي وانت بريء من مهرها ففعل فيقع الطلاق رجعيا ولم يبرأ ولم يرجع على الاب، لانه لا يملك التصرف بمالها الا بما فيه الحظ، وهذا لا حظ فيه، بل فيه اسقاط، واذا كان العوض من الولي فعلى

---

[1] راجع البحر الرائق ٤/٨٠. المبسوط ٦/١٧٩.

[2] شرح الخرشي ٤/١٢ وما بعدها. الدردير ٢/٣٤٨.

[3] راجع المهذب ١/٧١ . نهاية المحتاج ٨/٣٨٨.

[4] الانصاف ٨/٣٨٨ وما بعدها. المحرر ٢/٤٤. المغني ٧/٨٣.

المذهب يصح.

وقال الزيدية[١]: ولا يصح خلع القاصرة من وليها الا إذا كانت لها فيه مصلحة والعوض لا يصح ايضا من غيرها لعدم اعتبار نشوزها قبل التكليف.

وقال الزيدية: للأب مخالعة ابنته الصغيرة حيث العوض منه، اذ لا يشترط النشوز الا حيث العوض منها[٢].

وأمّا الجعفرية: فلهم قاعدتان:

الأولى[٣]: أن الخلع لا يصح الا مع كراهية الزوجة أو كراهيتهما معا.

والثانية[٤]: أن بذل العوض من غيرها دون توكيلها باطل لقوله تعالى ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾. فأضاف الفداء اليها. وبناء على هاتين القاعدتين لا يصح خلع الولي عن القاصر، لانها ليست أهلا للكراهية والتوكيل قبل التكليف (قبل البلوغ).

وقال الظاهرية[٥]: فمخالعة الأب أو الوصيّ أو السلطان عن صغيرة أو كبيرة كسب على غيره، واستحلال مالها بغير رضاها وأكل مال بالباطل وهو حرام لقوله تعالى: ﴿وَلا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾[٦] ﴿لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾[٧].

وقال الاباضية[٨]: أن افتدى لصغيرة أو مجنونة ابوها بالصداق أو ببعضه، فلم تجزه بعد البلوغ أو الافاقة، اخذته من زوجها ورجع الزوج به على الاب.

---

(١) التاج المذهب ٢/١٧٧. البحر الزخار ٣/١٨١ وما بعدها.

(٢) البحر الزخار ٣/١٨٢.

(٣) راجع الروضة البهية ٢/١٦٥.

(٤) راجع الخلاف للطوسي ٢/٢٢٢-٢٢٣ وفيه: (ليس للولي أن يطلق عمن له عليه ولاية لا بعوض ولا بغير عوض).

(٥) راجع المحلى ١٠/٢٤٤.

(٦) (قُلْ أَغَيْرَ اللَّهِ أَبْغِي رَبّاً وَهُوَ رَبُّ كُلِّ شَيْءٍ وَلا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ثُمَّ إِلَى رَبِّكُمْ مَرْجِعُكُمْ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ) (الانعام:١٦٤).

(٧) (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً) (النساء:٢٩).

(٨) راجع شرح النيل ٣/٤٨٣ نقلاً عن الصابوني.

التحليل والترجيح:

أولاً ـ للمختلعة المريضة مرض الموت:

اتفقوا على صحة خلعها في حالة الادراك الكامل. لكنهم اختلفوا في تحديد محل التزامها ومنشأ ذلك اختلافهم في التسوية بين حالتي الصحة والمرض من جهة اخذا بعموم النص، ومن جهة اخرى اختلافهم في طبيعة الالتزام هل هو تبرع أو لا؟

فمن ذهب الى التسوية كالظاهرية، والجعفرية، وزفر من الحنفية قال: يصح الخلع وتلتزم بدفع ما تعهدت به للزوج، اخذا بعموم النص الذي لم يفرّق بين أحكام حالتي الصحة والمرض. ومن لم يعتبر الالتزام تبرعا الا فيما زاد عن الثلث كالشافعية، علل رأيه بان البضع لا يتعلق به حق الورثة وكذلك بدله (مهر المثل)، فالزوجة عندما تلتزم برد ما التزم الزوج ببذله لها كانها اشترت بضاعة بثمن مثلها، وما زاد عن مهر المثل يعتبر تبرعا تسري عليه أحكام الوصية.

ومن قال إنّ الالتزام تبرع يخضع لأحكام الوصية كالحنفية والزيدية والمالكية والحنابلة، عزز رأيه بان عصمة الزوجة لا تعوض بالمال، فما تلتزم به في سبيل استعادتها يدخل في باب التبرعات تسري عليه احكام الوصية. الا أنه لا وجه للتفصيل الذي ذهب اليه بعضهم من أنّ للزوج الأقل من البدل أو الثلث أو الأقل مما يرثه منها ومن المسمّى والثلث.

الترجيح:

الرأي الذي أميل اليه هو ما ذهب اليه الشافعية لما فيه من الدقة التحليلية والفقهية.

ثانيا ـ للمختلعة السفيهة:

منشأ اختلافهم في ما يترتب على اختلاعها هو الاختلاف في الاعتداد بالسفه من ناحية، ومن ناحية أخرى اختلافهم في ترجيح إحدى الارادتين (الظاهرة والباطنة) على الأخرى.

فمن قال بصحة الخلع وآثاره من وقوع الطلاق والالتزام بدفع البدل كالحنفية والظاهرية، لم يعر الأهمية للسفه، فقال ابو حنيفة: (لا يحجر على السفيه لان رعاية كرامته أهم من رعاية ماله). وقال ابن حزم الظاهري: (الانسان المؤمن لا يوصف بالسفه. حيث لم يرد هذا الوصف في القرآن الكريم الا لغير المؤمنين).

ومن رجّح الارادة الظاهرة على الباطنة كالمالكية، والشافعية قال: يقع الطلاق لانه صدر

ممن يملكه وتلقى القبول من الزوجة، ويبطل الالتزام بالعوض لانها ليست اهلا له. والطلاق بائن عند المالكية فلو راجعها الزوج ظانا أنه رجعي أو مقلدا لمن يراه رجعيا يجب التفريق بينهما، ما لم يحكم الحاكم بصحته على اساس أن حكمه يحل المحرم المختلف فيه على المعتمد عندهم. وعند الشافعية: الطلاق قبل الدخول بائن وبعده رجعي لعدم صحة العوض.

ومن رجح الارادة الباطنة على الظاهرة كالجعفرية، والزيدية قال: ببطلان كل من الطلاق والعوض لان الزوج أنما اراد طلاقا يقابله البدل الذي تلتزم به الزوجة.

الترجيح:

ارى أن الأولى بالعمل هو قول ابي حنيفة (رحمه الله) والظاهرية على أن يتم ذلك تحت اشراف القضاء، لان تصرف السفيه صحيح في أمواله وغيره باذن القضاء عندما يكون فيه مصلحة ولا يترتب عليه ضرر الغير.

ثالثا ـ المختلعة الصغيرة:

لا خلاف في عدم صحة اختلاع الصغيرة غير المميزة، لانها في حكم المجنونة، فالقاضي هو الذي يتولى الطلاق بالنسبة اليهما. وانما الخلاف في المميزة، ومنشأ الاختلاف في الاهلية اللازمة للخلع من جهة، ومن جهة اخرى الاختلاف في الأخذ بالإرادة الظاهرة أو الباطنة.

فمن قال ببطلان خلع الصغيرة كالظاهرية، نظر الى عدم توفر شرط الأهليـة، ومـن رجّـح الارادة الظاهرة على الارادة الباطنة كالحنفية[1] قال: بالوقوع لانه طلاق صدر ممن هو اهـل له وربطه بالقبول وقد حصل. ومن رجح الارادة الباطنة وقال: أن كان العوض منها فلا خلـع لعدم صحة الالتزام، وان كان من غيرها وقع الطلاق بائناً واستحق الزوج العوض.

رابعا ـ الخلع من الولي:

لا سلطان لارادة الولي في الاختلاع إذا كان العوض من مالها، فلا يستحق الزوج العوض، لكن هل يقع الطلاق؟ فيه رأيان أحدهما: يقع لانه طلاق معلق على قبول الولي، وفي هذا أخذ بالارادة الظاهرة. والثاني لا يقع، لان الزوج ربط في نيته وقوع الطلاق باستحقاقه للبدل، وهذا هو الافقه والأولى بالقبول.

---

[1] قال السرخسي (المبسوط ٦/١٧٨): (إذا اختلعت الصبية من زوجها الكبير فالطلاق واقع عليها لان الزوج من اهل الايقاع، وايجاب الخلع تعليق الطلاق بشرط القبول وقد تحقق القبول منها، فيقع كما لو قال لها أن تكلمت فانت طالق فتكلمت، ولا يلزمها المال).

الفرع الثالث
العوض

هل للزوجين حرية الارادة في الاتفاق على الخلع دون العوض أو لا؟ وعلى الثاني هل لهما اختيار أي عوض يتفقان عليه، أو حددت ارادتهما في ذلك؟

قال الحنفية[1]: العوض ليس شرطا في الخلع، وان كل ما صح في المال أن يكون مهراً، أن يكون بدلا للخلع. وخلعها على تنازلها عن حق الحضانة جائز والشرط باطل، لانها حق قرر لمصلحة الولد فلا يجوز التنازل عنها. ويجوز الخلع على ارضاع الولد وامساكه مدة سنتين.

ومقداره: لا يجوز أن يكون اكثر مما اعطاها، فان فعل صح الخلع وهو آثم ديانة لا قضاء.

وقال المالكية[2]: العوض ليس شرطا كالحنفية، ويجوز أن يكون العوض أنفاقها على نفسها مدة حملها، فان أعسرت أنفق هو عليها ويرجع عليها أن أيسرت. ويجوز أن يكون اسقاط حقها في حضانة ولدها للاب إذا لم يضر ذلك بالولد. واذا خالعها على مجهول، أو غير متقوم أو مغصوب، يقع الطلاق بائنا ولا يلزم الزوجة شيء،. ولا يجوز أن يكون العوض خروجها من سكنى العدة، لانه حق الله فلا يجوز لاحد اسقاطه. ولا تحديد للعوض عندهم.

الشافعية[3]: لا يصح الخلع الا بعوض ويجوز أن يكون قليلا وكثيراً ديناً أو عيناً أو منفعة، لقوله تعالى ﴿لا جناح عليهما فيما افتدت به﴾، واذا خالعها على تكفل

---

[1] راجع شرح فتح القدير ٢١٥/٣. المبسوط ١٦٩/٦. أحكام القرآن للجصاص ٩٠/٢وما بعدها.

[2] راجع شرح الخرشي ١٣/٤وما بعدها. المنتقى شرح موطأ ٦٢/٤ وما بعدها. حاشية العدوي على الخرشي ١٣/٤.

[3] راجع المهذب ٧٣/٢ وما بعدها. نهاية المحتاج ٣٩١٦ وما بعدها. إبن قاسم الغزي والباجوري ١٣٧/٢ وما بعدها.

الولد وبين مدة الرضاع وقدر النفقة وصفتها صح على المنصوص. وقال بعض أصحاب الشافعي: لا يصح، لأنها صفقة جمعت بيعا وإجارة. ومن يرى صحته قال: أن الحاجة تدعو الى الجمع بينهما. واذا خالعها على مجهول، أو غير متقوم، أو مغصوب أو خالعها بشرط فاسد صح في الكل ويتحول العوض الى مهر المثل ويرجع عليها به، لأنه تعذر رد البضع فوجب رد بدله.

الاّ أن المجهولية في الابراء تؤثر على صحة الخلع فلا يقع الطلاق، فاذا قال: إن ابرأتني من مهرك فأنت طالق، فأبرأته وهي جاهلة بمقدار العوض لم تطلّق. وينبني على ذلك أنه إذا خالعها على الابراء من مهرها وقد تعلقت به الزكاة لم يقع، لان بعضا منه أصبح ملكا لمستحقي الزكاة. ولا يجوز الخلع على إسقاط الحضانة ولو شرط عليها الرجعة وقع الطلاق رجعيا ولا مال لتنافي شرطي المال والرجعة.

الحنابلة[1]: لا يصح الخلع بدون العوض ولا يجوز أن يكون أكثر مما اعطاها، فان أخذ الزيادة جاز له ذلك قضاء لا ديانة. ويصح على ارضاع ولده وكفالته ونفقته وكذا على منفعة كسكنى دارها. ويصح الخلع على ما لا يصح أن يكون مهراً لجهالة أو غرر.

الجعفرية[2]: كل ما صح أن يكون مهراً صح أن يكون عوضا في الخلع واذا خالعها على مال غير متقوم بطل الخلع على الاقوى عندهم.

ويجوز على ارضاع الولد ونفقته إذا تعين القدر المحتاج اليه. ويجوز أن يكون عوض الخلع اسقاط حق الحضانة لانه لا يوجد نص يدل على وجوب هذا الحق لاحدهما دون الآخر. ويجوز أن يكون أكثر مما وصل اليها، لكن في المباراة يشترط أن لا يزيد على ذلك.

الزيدية[1]: العوض شرط في صحة الخلع ويجب أن لا يزيد على ما وجب لها بالزواج، كان غير متقوم يقع الطلاق رجعيا. واذا طلقها على الابراء من نفقة عدتها لم يصح الابراء ويقع الطلاق رجعيا بالقبول.

---

[1] راجع منتهى الارادات ٢/٢٣٩. وما بعدها.

[2] راجع الروضة البهية ٢/١٦٣ وما بعدها. الخلاف للطوسي ٢/٨٥. الكافي ٦/١٤٢.

الظاهرية[2]: لها أن تفتدي بجميع ما تملك ما دام برضاها وحكمه في الخلع كحكمه في عقود المعارضات .

التحليل والترجيح:

لا خلاف في أن كل ما يصح أن يكون مهرا يجوز أن يكون بدلا للخلع، إنما الخلاف في الخلع على ما يتعلق به حق الغير، وفي صفة العوض.

ومنشأ الأول هو أن ما يتعلق به حق الغير كالحضانة هو حق والتزام في وقت واحد، فمن غلب جانب الحق قال بجواز اختلاع ام الطفل على تنازلها عن حضانته إذا لم يضر ذلك بالطفل. ومن غلب جانب الالتزام قال الشرط باطل غير مبطل، فيقع الطلاق وعليها الحضانة.

ومنشأ الخلاف في صفة العوض ككونه معلوما أو مجهولا أو محلا للغرر، هو تردد العوض في الخلع بين عوض عقود المعاوضات وبين الأشياء الموهوبة والموصى بها، فمن شبهه بالأولى إشترط فيه ما يشترط في عوض تلك العقود، ومن شبهه بالهبات لم يشترط ذلك.

الترجيح:

الأفقه هو القول ببطلان الخلع وعدم وقوع الطلاق في كل حالة لا يتحقق فيها ما يستهدف الزوج تحقيقه من وراء ربط طلاق زوجته بما تتعهد به له وتلتزم بتنفيذه، مادام هنالك اتفاق الفقهاء على أنّ الخلع نوع خاص من الطلاق له أحكامه وآثاره الخاصة ويفرد في كتب الفقه ببحث مستقل عن الطلاق الذي هو دون مقابل.

---

[1] راجع التاج المذهب ١٣٨/٢ وما بعدها.

[2] راجع المحلى ٢٣٥/١٠.

المبحث الثالث

التكييف الفقهي للخلع

اختلف الفقهاء في طبيعة الخلع: هل هو طلاق أو فسخ؟ وهل هو معاوضة أو تعليق؟ حسب التفصيل الاتي:

الحنفية[1]: الخلع طلاق بائن عندهم. قال السرخسي[2]: والخلع تطليقة بائنة عندنا. وحجتهم على ذلك:

١ـ ما روي عن علي وعمر وابن مسعود مرفوعا الى الرسول ﷺ ((الخلع تطليقه بائنة))[3].

٢ـ الفسخ يكون قبل تمام العقد، والخلع يكون بعده، والنكاح لا يتحمل الفسخ بعد تمامه.

٣ـ القرآن بيّن أن الطلقة الثالثة تكون بعوض وبغير عوض، وبهذا المعنى لا يصبح الطلاق رابعا.

أمّا طبيعة الخلع فهو عند ابي حنيفة يمين من جانب الزوج، لانه يتضمن التعليق على القبول، ومعاوضة من جانب الزوجة لها شبه بالتبرع، لان العوض مما لا يُعد مالاً شرعا. وعند صاحبيه يمين من الجانبين، لان قبولها يكمل يمين الرجل، فلا فائدة لقوله لولا قبولها. والراجح عندهم هو رأي ابي حنيفة.

ويترتب على كونه يمينا من جانبه ما يلي:

١ـ ليس له خيار الشرط فاذا شرط ذلك لغا الشرط وصح العقد.

٢ـ لا يبطل ايجابه بقيامه في المجلس، ولو كان معاوضة لبطل ذلك لانتهاء المجلس بقيامه.

٣ـ يصح تعليقه على شرط واضافته الى مستقبل بخلاف المعاوضة.

---

[1] راجع المبسوط ١٨٤/٦ وما بعدها. شرح فتح القدير ١٩٩/٣. بدائع الصنائع ١٤٥/٣. وما بعدها.

[2] راجع المبسوط ١٧١/٦.

[3] النسائي: باب تفرق الزوجين عند مفارقتهما.

٤ـ إذا كان الايجاب من الزوج لا يملك الرجوع قبل القبول، لانه في معنى التعليق. ولو كان معاوضة من الجانبين لجاز ذلك.

ويترتب على كونه معاوضة من جانب الزوجة:

١ـ أن تكون عاقلة بمعنى الخلع وبما يترتب عليه من الالتزام وراضية في القبول وأهلاً للتبرع.

٢ـ إذا كان الايجاب منها كاختلعت نفسي منك بألف دينار، فلها الرجوع قبل القبول ويبطل الايجاب بترك أحدهما المجلس قبل القبول.

٣ـ يجوز لها أن تشترط لنفسها الخيار ثلاثة أيام فيكون لها في هذه المدة أن تختار فسخ الخلع فيلغو، وان تختار إمضاءه فيلزم الخلع والطلاق.

المالكية[1]: وهم يرون أنّ الطلاق بعوض ـ ويسمى خلعاً عندهم ـ يعتبر معاوضة من الجانبين ويترتب على ذلك من الاحكام ما يثبت على المعاوضات من موافقة الايجاب للقبول، واقتصار الايجاب على مجلسه، وجواز الرجوع قبل القبول.. الى آخر ما يرونه من أحكام للمعاوضة .

والخلع عندهم تطليقه بائنة كالحنفية. واذا اشترط الزوج لنفسه حق الرجعة. فلمالك فيه روايتان: رواهما ابن وهب:

الأولى: يصح الشرط. واختارها سحنون وعللها بأن الاتفاق قد تم على طلقة رجعية مقابل عوض، فيجوز العمل بمقتضى الاتفاق.

والثانية: شرط باطل لانه مخالف لمقتضى العقد وهو البينونة، لأنها لم تبذل العوض الا لتخلّصها من الزوج فثبوت الرجعة ينافي ذلك.

الشافعية[2]: اختلف الرأي لدى الشافعية في تكييف الخلع، ومنشأه، اختلافهم في أنّ الفرقة بالخلع طلاق ام فسخ، فاذا قلنا أنه فسخ فهو معاوضة محضة من الجانبين، اذ لا مدخل للتعليق فيها ويترتب على ذلك:

١ـ للموجب حق الرجوع قبل القبول، لأنّ هذا شان المعاوضات .

---

[1] راجع شرح الخرشي ١٢/٤ وما بعدها. تفسير القرطبي ١٤٥/٣ وما بعدها. الشيخ علي الخفيف فرق الزواج ص١٤٠.

[2] راجع نهاية المحتاج ٣٩٧/٦ وما بعدها. مغني المحتاج ٢٦٨/٣ وما بعدها. المهذب ٧٢/٢.

٢ ـ يشترط القبول في المجلس باللفظ أو ما يقوم مقامه من الاشارة أو الكتابة بالنسبة لمن لا يقدر على النطق، فلا يصح القبول بالفعل فقط كتقديم العوض المتفق عليه.

٣ـ لا يحدث بين القبول والايجاب ما يشعر بالاعراض.

٤ـ مطابقة الايجاب للقبول.

واذا قلنا بانه طلاق فتختلف احكامه في حالة كون الايجاب من الزوج عما إذا كان من الزوجة:

أ ـ فاذا كان الايجاب من الزوج وكان منجزاً كطلقتك على مائة دينـار، فتسـري عليـه أحكام المعارضات المذكورة أنفاً. وان كان الايجاب منه بصيغة تعليـق في الاثبـات كمتى ابرأتني من دينك كذا فانت طالق، فانه تعليق محض من جانبه ولا نظر فيه الى شبهة المعاوضة، فيقع الطلاق عند تحقق الصفة المعلق عليها. ويترتب عليه ما يلي:

١ـ لا رجوع له كالتطليق الخالي عن العوض.

٢ـ لا يشترط فيه القبول لفظا لان الصيغة لا تقتضيه.

٣ـ لا يشترط فعل المحلوف عليه من الزوجة فورا إذا كـان التعليـق ممـا يـدل علـى العموم كمتى، ومتى ما، وكلما... بخلاف (ان) فان التعليق به يقتضي الفورية وفي (إذا) خلاف سبق.

ب ـ وان كان الايجاب من الزوجة سواء كان تعليقا أو تنجيزا كطلقني على مائة دينار أو إذا طلقتني اعطيتك مائة دينار، فأجاب الزوج فورا فهو معاوضة من جانبها فيها شوب جعالة: معاوضة لانها تلتزم بدفع عوض مقابل أنها، رابطتها الزوجية، وفيها شوب جعالة لانها تبذل المال مقابل ما يستقل به الزوج وهو الطلاق، كالعامل في الجعالة. ويترتب على ذلك ما يلي:

١ـ لها الرجوع قبل الجواب لان هذا حكم المعاوضات والجعالات.

٢ـ تشترط الفورية للجواب تنجيزا كان ايجابها ام تعليقا، وذلك تغليبا للمعاوضة من جانبها على التعليق. الا إذا صرحت في ايجابها بما يدل على التراخي.

٣ـ مطابقة الايجاب والقبول.

وإذا اشترط الزوج في الخلع أن يكون له حق الرجعة فللشافعية فيه ثلاثة آراء:

١. رأي يقع الطلاق رجعيا فعلى الزوجة رد العوض لان المال والرجعة متنافيان فيتساقطان ويبقى الطلاق على أصله وهو كونه رجعيا[1].

٢. وفي رأي لا يقع إذا كان بدل الخلع الابراء من مهرها أو دينها، لانه لا سبيل لوقوع الخلع الا بصحة البراءة، وصحتها تستلزم البينونة في تنافي وقوعه رجعيا.

٣. وفي رأي ثالث يقع بائنا ويكون البدل مهر المثل بناء على أن الشرط إذا افسد العوض فهو لا يفسد الخلع.

الحنابلة[2]: اختلفت الرواية عن احمد في الخلع، ففي احدى الروايات أنه فسخ، والرواية الثانية أنه طلقة بائنة. وعنه بلفظ الخلع والمفادات. والفسخ: فسخ لا ينقص به عدد الطلاق، وعنه أن نوى بهنّ الطلاق فهو طلاق والا فهو فسخ. قال صاحب المحرر[3] وهو الأصح. وينبني على ذلك:

أ ـ إذا كان الايجاب منجزا يكون الخلع معاوضة من الجانبين ويترتب عليه:

١ـ جواز رجوع كل من ايجابه قبل قبول الآخر.

٢ـ يجب أن يكون القبول في مجلس الايجاب، أو مجلس العلم به.

٣ـ يجب موافقة الايجاب للقبول.

ب ـ وإذا كان في صورة التعليق على القول بصحته في الخلع:

١ـ لا يجوز للزوج الرجوع قبل قبول الزوجة.

٢ـ لا يتقيد القبول بالمجلس.

٣ـ يجب موافقة الايجاب والقبول.

الجعفرية[4]: يرى فقهاء الجعفرية أن الخلع ازالة قيد النكاح بفدية من الزوجة من أنفرادها بكراهتها، فان كانت الكراهة من الجانبين فالفرقة تسمى مبارأة، وفي الحالتين يجب أن يقع

---

[1] جاء في الاشباه والنظائر ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط فلو قال طلقتك بألف على أن لي الرجعة سقط قوله بألف ويقع رجعيا لان المال يثبت بالشرط والرجعة بالشرع فكان أقوى.

[2] راجع منتهى الارادات ٢/٢٣٨. المغني والشرح الكبير ٨/٢٠٠.

[3] راجع المحرر ٢/٤٥.

[4] راجع شرائع الاسلام ٢/٥٣ وما بعدها.

على وجه المعاوضة المحضة بين الجانبين، حيث لا يجوز فيه التعليق على رأيهم، فتسري فيه أحكام المعاوضات .

وذهب أكثر فقهائهم الى أنّ الخلع طلاق بائن. جاء في مستدرك الوسائل[1] طلاق المختلعة بائن لا رجعة فيه. وجاء في الروضة البهية[2] (الخلع طلاق بعوض مقصود لازم لجهة الزوج) وهذا مبني على أنه يشترط عندهم أن يتبع الخلع بالطلاق، أمّا إذا لم يتبع به فقال بعضهم أنه فسخ[3].

ولو اشترط الزوج لنفسه حق الرجعة بطل الشرط، لانه مخالف للسنة المستفيضة، ولكن للزوجة حق الرجوع في البذل في العدة، فعندئذ يصح للزوج الرجعة. وقال العاملي[4]: واذا تم الخلع فلا رجعة للزوج قبل رجوعها في البذل، وللزوجة الرجوع ما دامت في العدة إذا كانت ذات عدة، فلو أنقضت عدتها أو لم يكن لها عدة كغير المدخول بها والصغيرة واليائسة، فلا رجوع لها مطلقا، فاذا رجعت حيث يجوز لها الرجوع، صار الطلاق رجعيا يترتب عليه أحكامه.

الزيدية[5]: قسّم علماء الزيدية الخلع الى قسمين:

أ ـ الخلع بعقد وهو عقد بين الزوجين على حل عقدة النكاح ببدل تدفعه الزوجة لزوجها وتسري عليه أحكام المعاوضة:

١ـ لا بد فيه من الايجاب والقبول. وفي المجلس ومطابقتهما

٢ـ بالنسبة لجواز الرجوع إذا كان الايجاب من الزوج، لا يجوز له ذلك قبل قبول الزوجة. لانه لا يجوز له الرجوع عن الطلاق. وتردد الأمام يحيى في ذلك لما فيه من معنى المعاوضة. واذا كان الايجاب منها فلها حق الرجوع لان الخلع بالنسبة اليها معاوضة.

ب ـ الخلع بشرط. وهو أن يعلّق ايجابه على حصول أمر فلا يعتبر فيه قبولها باللفظ قبل حصول الشرط.

---

[1] مستدرك الوسائل ٣٥/٣. الخلاف للطوسي ٢١٥/٢. الكافي ١٤٤/٦.

[2] الروضة البهية ١٦٣/٢.

[3] راجع المختصر النافع ص٢٢٧.

[4] راجع الروضة البهية المرجع السابق.

[5] راجع التاج المذهب ١٧٤/٢. وما بعدها. الروض النضير ١٦٧/٤ وما بعدها. البحر الزخار ١٧٩/٣ وما بعدها. المنتزع المختار ٤٣٨/٢ وما بعدها.

وصورته كان يقول أن أو متى أعطيتني كذا فانت طالق، أو أن تقول هي أن طلقتني فلك كذا. فاذا كان الايجاب منه:

١ـ لا يقع الا بعد تحقق الشرط، وفي رواية عن الأمّام يحيى يجب وجود الشرط في مجلس الايجاب، وفي رواية ثانية وعليه الجمهور لا يشترط ذلك.

٢ـ لا يحق له الرجوع كالتعليق بلا عوض. واذا كان الايجاب منها فالخلع من جانبها معاوضة وتمليك ولها حق الرجوع قبل القبول.

الفرق بين الخلعين:

١. لا بد في الخلع بعقد من القبول في مجلس الايجاب أو مجلس العلم به بخلاف الخلع بشرط.

٢. في الخلع بعقد يشترط نشوز الزوجة وقت القبول وفي الشرط وقت الشرط.

٣. في الخلع بعقد تلحقه الاجازة فلو قام بالايجاب عن أحدهما فضولي وأجازه من له الاجازة فقبله الآخر وقع الطلاق.

٤. في الخلع بعقد يصح الرجوع للملتزم العوض قبل القبول سواء كان زوجة أم غيرها، ولا يصح ذلك للزوج. أمّا في الخلع بشرط فلا رجوع مطلقا.

شرط الرجعة:

لا يجوز هذا الشرط عند الزيدية لانه خلاف مقتضى العقد وهو البينونة.

والخلع بتسميه طلاق بائن عندهم يمنع الرجعة الا بعقد جديد[1].

الظاهرية[2]: الخلع عندهم عقد بين الزوجين يجب أن تتوافر فيه شروط وأحكام عقود المعارضات من حيث التراضي، وموافقة الايجاب والقبول في المجلس... ولا يجوز التعليق فيه لان كل تعليق في الطلاق والخلع مبطل.

والخلع عندهم طلاق رجعي فاذا راجعها بعد الخلع وهي في العدة فعليه أن يرد العوض لها كاملا، الا إذا اشترط عليها حين الخلع سقوط حقها في الاسترداد، فعندئذ يصح الشرط فلا يحق لها المطالبة به.

---

(1) راجع التاج المذهب المرجع السابق ١٩٣/٢. البحر الزخار المرجع السابق.

(2) راجع المحلى ٢٣٠/١٠ وما بعدها.

الاباضية[1]: الخلع اتفاق بين الزوجين بايجاب وقبول، فلا يصح مع عدم التراضي، ويشترط موافقة الايجاب والقبول. وفي التقيّد بالمجلس خلاف. جاء في شرح النيل[2] وان ابرأته منه فقام ولم يقبل ثم قبل فالأكثر على جوازه، وقيل بالمنع بعد المجلس وعليه فلا يكون ذلك فداء، والصحيح هو الأول. وان رجعت قبل أن يقبل فلا قبول له بعد. وقيل له. واذا قام ولم يقبل فقيل يُجبر على أن يقبل أو يردّ وقيل فاته القبول.

والفرقة بالخلع طلاق بائن عندهم إذا كان على عوض. لكن إذا اتفق الزوجان في العدة على المراجعة صح الاتفاق وعادت الزوجية، إذا لم تكن الطلقة الثالثة أو قبل الدخول، والا فلا رجعة. ويشترط لصحة الرجعة رضاء الزوجة وقبولها وحضور شاهدين، ولم يشترطوا رضاءها في رجعة الطلاق، لان الخلع وقع بهما فيجب أن يكون الرجوع بهما أيضاً.

الاستنتاج والترجيح:

نستنتج من العرض المذكور أن منشأ خلاف الفقهاء في تكييف الخلع هو الاختلاف في تفسير نصوص أحكام الخلع، والتعارض الظاهر بين بعض ما روي من الأحاديث، واستخدام القياس.

فمن قال: الخلع فسخ تمسك بالأدلة التالية:

١ـ لو كان الخلع طلاقاً لصارت التطليقات أربعاً: اثنان في قوله تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾، والثالثة في قوله تعالى ﴿فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾. ورابعها في قوله تعالى ﴿فَإن طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾.

٢ـ ما روي عن النبـي ﷺ من أنه: ((امر المختلعة أن تعتد بحيضة واحدة))[3]. قال الخطابي من الحنابلة: أنه اقوى دليل لمن قال الخلع فسخ وليس بطلاق[4].

---

[1] راجع شرح النيل ٢/٤٨٢.

[2] المرجع السابق.

[3] (عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أن إمرأة ثابِتِ بْنِ قَيْسٍ اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا عَلى عَهْدِ النبـي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَمَرَهَا النبـي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن تَعْتَدَّ بِحَيْضَةٍ) (البخاري:١١٠٦)

[4] تفسير القرطبي ٣/١٤٣. أحكام القرآن للجصاص٢/٩٤. سبل السلام ٣/٢٢٠.

٣ـ ما روي عن إبن عباس ﷺ من أنه قال له رجل اختلع زوجته بعد تطليقتين: هل يحل له زواجها بعقد جديد دون أن تتزوج زوجا غيره؟ قال: (نعم ينكحها فان الخلع ليس بطلاق)[1].

٤ـ قياس النكاح على البيع لانه عقد محتمل للفسخ كعقد البيع يفسخ بالاقالة[2].

ومن قال: أن الخلع طلاق بائن استدل بما يلي:

١ـ قوله تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ افاد حكم الاثنتين إذا أوقعهما على غير وجه الخلع، واثبت معهما الرجعة بقوله تعالى ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ﴾ ثم ذكر حكمهما إذا كانتا على وجه الخلع وابان عن موضع الحظر والاباحة فيهما، والحالة التي يجوز فيها اخذ المال أو لا يجوز، ثم عطف على ذلك ﴿فَإِن طَلَّقَهَا...﴾ فعاد المعطوف الى الاثنتين المتقدم ذكرهما على وجه الخلع تارة، وعلى غير وجه الخلع اخرى[3].

٢ـ روي عن عمر بن الخطاب، وعلي بن ابي طالب، وابن مسعود (رضي الله عنهم) موقوفا عليهم ومرفوعا الى رسول الله ﷺ: ((الخلع تطليقه واحدة)).

٣ـ النكاح لا يقاس على عقد آخر قابل للفسخ لان له طبيعة خاصة يتعلق بحياة الاسرة فاذا تم لا يحتمل الفسخ.

ثمـرة الخلاف:

١ـ الطلاق لا ينهي رابطة الزوجية حالا إذا كان رجعيا وانما بعد أنتهاء العدة، بخلاف الفسخ فانه ينهي الرابطة فورا في جميع اشكاله.

٢ـ الطلاق لا ينقض العقد من اصله باثر رجعي وانما هو أنهاء للزوجية منذ لحظة وقوعه، بخلاف الفسخ فانه لا يقرر الحقوق المترتبة على الفرقة كتشطر المهر قبل الدخول.

٣ـ أنهاء علاقة الزوجية بالطلاق لا يرجع الى وجود خلل في الزواج بخلاف الفسخ.

٤ـ عدة الفسخ حيضة واحدة عند بعض الفقهاء بخلاف الطلاق[4].

---

[1] سبل السلام ٣/٢٢٠.

[2] المبسوط للسرخسي ٦/١٧١.

[3] أحكام القرآن للجصاص ٢/٩٦.

[4] تفسير القرطبي ٣/١٤٤ـ ١٤٥.

هـ الفسخ لا ينقص عدد الطلقات، فمن خالع زوجته بعد تطليقتين له أن يتزوجها وان لم تنكح زوجا غيره، بناء على اعتبار الخلع فسخا كما سبق بيان ذلك في فتوى ابن عباس.

الترجيح:

القول الراجح هو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من أن الخلع طلاق بائن لما يلي:

١ـ أن مقتضى الافتداء يجب أن يكون طلاقا بائنا، لأنّ حقيقة الافتداء في قوله تعالى: ﴿فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ هو الاستنفاذ والاستخلاص، كافتداء الأسير بالبدل، فلو كان الطلاق رجعيا للزم صرف لفظ الفدية عن حقيقته دون موجب، وهذا لا يجوز بالاتفاق.

٢ـ الباعث الدافع الى مشروعية الخلع غالبا هو رفع النشوز القائم من الزوج أو الزوجة أو كليهما، والحذر من التقصير في أقامة حدود الله، وهذا ما لا يمكن تحقيقه الا باعتبار الخلع طلاقا بائنا يسدّ الباب بوجه الزوج من الرجعة والدخول في جحيم المأساة مرة أخرى.

٣ـ الفسخ أمّا يعني الغاء العقد ورجوع الطرفين الى ما كانا عليه قبله لقيام خلل فيه، فهذا لا يكون بالنسبة لزواج تم وتوفرت أركانه وشروطه.

وإما أن يقصد به الاقالة باستعادة كل من الطرفين ما قبضه الآخر استعادة خالية عن الزيادة والنقص، وهذا ما لم يشترط أحد من الفقهاء بالنسبة الى الخلع.

٤ـ القول بان الخلع لو اعتبر طلاقا للزم أن تكون الطلقات أربعا، مردود بان المقصود من قوله تعالى ﴿الطَّلاقُ مَرَّتَانِ﴾ هو أن (الطلاق) الذي تحل له الزوجة بعده بالرجعة ـ كما في حالة كونه رجعيا ـ أو بالعقد الجديد ـ في حالة كونه بائناً، والطلاق الثالث (أي للمرة الثالثة) مأخوذ من قوله تعالى ﴿أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ أي: أو تطليق بمعروف، وقوله تعالى ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ راجع الى الطلقات الثلاث، اي الطلاق في كل مرة، كما يكون بدون مقابل يجوز أن يكون بمقابل وعوض، وهذا ما يسمى الخلع. وقوله تعالى ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ

مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾[1] بيان لحكم الطلاق الثالث في المرة الثالثة، ومن الخطأ أن يقال أن الطلاق الثالث يؤخذ من هذه الآية كما في الخلع.

موقف القانون من الخلع:

أقرّت قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية والاسلامية مشروعية الخلع أخذا بما هو مقرر في الشريعة الاسلامية مع الاختلاف في بعض التفصيلات كما يلي:

القانون العراقي:

بيّنَ المشرّع العراقي بعض أحكام الخلع في المادة (٤٦) من قانون الأحوال الشخصية المعدّل تحت عنوان (التفريق الاختياري) في الفقرات التالية:

١. الخلع ازالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه، وينعقد بايجاب وقبول أمام القاضي، مع مراعاة المادة (٣٩) من هذا القانون[2].

٢. يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج اهلا لايقاع الطلاق وان تكون الزوجة محلا له. ويقع بالخلع طلاق بائن.

٣. للزوج أن يخالع زوجته على عوض اكثر أو اقل من مهرها.

يبدو من هذا القانون أنه أخذ برأي الحسن البصري وابن سيرين وسعيد بن جبير في أن الخلع يجب أن يكون أمام القاضي، ولكن لم يعتبر ذلك شرطا لصحته.

واختار المشرّع العراقي رأي الجمهور في أن الخلع طلاق بائن، واتبع مذهب الظاهرية في أن بدل الخلع ليس له حد معيّن. وحسنا فعل في الاختيارين.

المصري:

لم يأت بشيء من أحكام الخلع سوى ما جاء في المادة (٥)[1] من أن الطلاق على مال طلاق بائن.

---

[1] (فَإِن طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ فَإِن طَلَّقَهَا فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ) (البقرة:٢٣٠).

[2] نص المادة (٣٩):

١. على من اراد الطلاق أن يقيم الدعوى في المحكمة الشرعية يطلب ايقاعه واستحصال حكم به فاذا تعذر عليه مراجعة المحكمة وجب عليه تسجيل الطلاق في المحكمة خلال مدة العدة.

٢. تبقى حجة الزواج معتبرة الى حين ابطالها من المحكمة.

السوري:

عالج المشرع السوري بعض أحكام الخلع في المواد (٩٥- ١٠٠). فاشترط في المختلعة سن الرشد (م٩٥) وأقر حق الرجوع لكل من الطرفين قبل قبول الآخر (م٩٦). وبيّن أنّ كل ما صح التزامه شرعا صح أن يكون بدلا للخلع (م٩٧). وأجاز الخلع على المهر وغيره وعلى التنازل عن الحقوق (م٩٨). وأخذ بالرأي القائل بوقوع طلاق رجعي عند خلو الخلع من العوض (م١٠٠).

التونسي:

قسّمَ المشّرع التونسي الطلاق الى قسمين: الطلاق القضائي وهو لا يكون الا أمام القضاء ولجبر. والطلاق الرضائي يتم بتراضي الطرفين (الفصل ٣١). ولم يحدد طبيعة هذا الاتفاق ولم يبين أحكامه. ولكن الذي يلاحظ عليه هو أنــه أقــر عــدم وقــوع الطــلاق مــا لم يــتم لــدى المحكمة وباشراف القاضي. فهذا الشرط وان قال به بعض الفقهـاء بالنسـبة الى الخلـع كمـا ذكرنا، الا أنه غير وارد في الاسلام بالنسبة للطلاق مجانا.

المغربي:

للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع (الفصل٦١).

تخالع الرشيدة عن نفسها، والتي دون سن الرشد القانوني إذا خولعت وقع الطلاق ولا تلزم ببدل الخلع الا بموافقة وليّ المال. (الفصل ٦٢).

يشترط لاستحقاق الزوج ما خولع به أن يكون خلع المرأة اختيارا منها لفراق الزوج من غير اكراه ولا ضرر. (الفصل ٦٣).

كل ما صح التزامه شرعا صح أن يكون بدلا في الخلع. (الفصل ٦٤).

لا يجوز الخلع بشيء تعلق به حق الأولاد إذا كانت المرأة معسرة (الفصل ٦٥).

الجزائري:

إذا اشتدّ الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر من الزوج وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما وللزوجة في هذه الحالة أن تعرض الخلع، وعلى الحكمين أن يقدّما تقريرا عن مهمتهما في أجَلِ شهرين (م ٤٦).

---

[1] القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم (٤٤) لسنة ١٩٧٩.

الأردني:

يعتبر القانون الاردني اكثر القوانين تناولا وايضاحا لأحكام الخلع في المواد (١٠٢-١١٢)[1] كما يلي:

يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلا لايقاع الطلاق والمرأة محلاً له.

(م ١٠٢/أ) للمرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا اختلعت لا تلزم ببدل الخلع الا بموافقة ولي المال (م ١٠٢/ب) إذا بطل البدل وقع الطلاق رجعيا ولا يجب للزوج على زوجته في مقابل هذا الطلاق البدل المتفق عليه (م ١٠٢/ج).

لكل من الطرفين الرجوع عن ايجابه في المخالعة قبل قبول الآخر (م١٠٣).

بدل الخلع:

كل ما صح التزامه شرعا صلح أن يكون بدلا في الخلع (م١٠٤).

تصح المخالعة على المهر وغيره:

إذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم اداؤه، وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر ونفقة الزوجية (م١٠٥).

عدم التسمية في المخالعة:

إذا لم يسم المتخالعان شيئاً وقت المخالعة برئ، كل منهما من حقوق الآخر المتعلقة بالمهر والنفقة الزوجية (م١٠٦).

عند نفي البدل:

إذا صرّح المتخالعان بنفي البدل كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ووقعت بها طلقة رجعية (م١٠٧).

لا تسقط نفقة العدة الا بالنص عليها في المخالعة:

نفقة العدة لا تسقط الا إذا نص عليها صراحة في عقد المخالعة (م١٠٨).

رجوع الزوج على الزوجة ببدل الخلع:

إذا اشترط في المخالعة اعفاء الزوج من اجرة ارضاع الولد أو حضانته أو اشترط امساكها له بلا اجرة مدة معلومة، أو أنفاقها عليه،

---

[1] قانون الاحوال الشخصية رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦.

فتزوجت أو تركت الولد أو ماتت: يرجع الزوج عليها بما يعادل أجرة إرضاع الولد، وحضانته، ونفقته عن المدة الباقية. أمّا إذا مات الولد فليس للأب الرجوع عليها بشيء من ذلك عن المدة الواقعة بعد الموت (م١٠٩).

إذا كانت الام المخالعة معسرة وقت المخالعة أو أعسرت فيما بعد يجبر الوالد على نفقة الولد وتكون دينا له على الأم (م١١٠).

إذا اشترط الرجل في المخالعة امساك الولد عنده مدة الحضانة، صحت المخالعة وبطل الشرط وكانت لحاضنته الشرعية أخذه منه، ويلزم ابوه بنفقته فقط أن كان الولد فقيرا (م١١١).

لا تقسم نفقة الصغير من الدين:

لا يجري التقاصي بين نفقة الولد المستحقة على أبيه ودين الأب على حاضنته (م١١٢).

ويتبين من نصوص القوانين المذكورة ومن مقارنتها بآراء فقهاء الشريعة: أنّ المشّرع في البلاد العربية لم يتقيد بمذهب معيّن من المذاهب الفقهية الاسلامية. وهذا الاتجاه هو الصحيح لعدم وجود نص في القرآن الكريم أو السنة النبوية يدل على الالتزام بمذهب معيّن، ولان هذه المذاهب هي تفاسير فقهية لنصوص الشريعة الاسلامية وأحكام شرعية متفرعة من أصل واحد وهو القرآن الكريم وسنة الرسول العظيم ﷺ.

الفصل السادس
مدى سلطان الإرادة في التفريق قضاء

حاولت في عرض هذا الموضوع الخطير اتباع اسلوب جديد، فان كنت مصيبا فمن الله فله الحمد وله الشكر، وان كنت مخطئا فهو منّي أستغفره أنه غفور رحيم.

والذي دفعني الى هذا الاختيار هو ما يلي:

١ـ جميع الأسباب التي بحثت منذ قيام المدارس والمذاهب الفقهية، والتي سوف تبحث من حيث اعتبارها مبررات للتفريق، كلها ترجع الى سبب واحد وهو (الضرر).

٢ـ استعراض الخلافات الفقهية ونقاش كل ما قيل قديما وحديثا، واحصاء الأسباب المبّررة في نظر كل فقيه، وتمييز ما يبيح طلب التفريق مما لا يسمح به لا يمكن أن يقدم كل ذلك للقضاء في العالم الاسلامي خدمة فعلية ولا يزيد من التشريعات الوضعية المأخوذة من الفقه الاسلامي سوى زيادة شقة الخلاف.

٣ـ غياب معيار دقيق لما يعتبر سببا وما لا يعتبر، جعل المشّرعين في البلاد الاسلامية أن يتبعوا أسلوب التعديلات المتوالية لقوانين الاحوال الشخصية، وان يقدّموا بين آونة وأخرى قائمة جديدة بأسباب التفريق كما فعل ذلك المشرع العراقي خلال السنوات المنصرمة القريبة.

٤ـ والذي يتفق مع روح الشريعة الاسلامية هو البحث عن الضرر وعن منشأه وترك تعداد الأسباب لعدم الجدوى في ذلك ما دامت الحياة تتطور، والمشاكل المعقدة والأمراض المضرة تتجدد.

٥- المعيار الدقيق لاعتبار كل سبب مبررا للتفريق هو كونه منشأ لضرر يكدّر صفوة الحياة الزوجية بحيث يقتنع الزوجان والحكمان والقضاء بأنه لاسبيل لازالته سوى التفريق.

٦- السند الشرعي الذي يقرر الأخذ بفكرة الضرر في التفريق القضائي هو القرآن الكريم في آيات كثيرة منها قـــوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾. وسنن الرسول ﷺ منها قوله ((لا ضرر ولا ضرار في الاسلام)).[1]

٧- ليس كل ضرر يكون التفريق هو السبيل الوحيد لازالته، لذا من الضروري عدم فتح باب التفريق على مصراعيه من قبل المشّرع الوضعي. وعدم سماح القضاء بالتفريق لأسباب يمكن مواجهتها بطرق أخرى.

٨- عدم اعتبار الأسـباب المبررة للتفريق الزامية للقاضي، بل يجب أن يمنح سلطة تقديرية مطلقة لاعتبار التفريق آخر علاج يلجأ اليه، مستفيدا من خبرته الطويلة، مستضيئاً بآراء الفقهاء النيّرة، ومستعينا في الاصلاح بجهود الحكمين والباحثة الاجتماعية.

٩- الاستقراء التام يقضي بان الأسباب المضرة المبررة للتفريق تنقسم الى قسمين: الارادية كالشقاق وعدم الاتفاق، واللا ارادية كالعاهات والأمراض. وكل منهما إمّا أن يختص بأحد الزوجين كالعُنّة والرتق أو لا كالجنون.

انبعاثا من هذه الحقيقة أوزّع دراسة هذا الموضوع من الناحية الشكلية على ثلاثة مباحث يتناول الأول نماذج من الأسباب اللا ارادية، ويتضمن الثاني بعضا من الأسباب الارادية، مع بيان ما يتعلق بهذه الأسباب من الاختلاف في الشروط والآثار حسب اختلاف طبيعة السبب. وأخصّص الثالث لبيان موقف القانون في بعض البلاد الاسلامية.

---

[1] ابن ماجة: ٢٣٣٢

المبحث الأول

التفريق للضرر اللا إرادي

المقصود من الضرر اللا ارادي هو ما لا يكون لارادة أحد الزوجين دخل في تكوين منشأه، لا مباشرة ولا تسبّبا، كالضرر الناشيء عن العلل والامراض والعاهات والأمراض المنفّرة.

واختلف فقهاء الشريعة في التفريق للضرر اللا ارادي على ثلاثة اقوال:

(لا يجوز مطلقا، يجوز مطلقا، يجوز للزوجة فقط).

ومنشأ خلافهم غياب نص صريح يدل على جواز التفريق للضرر الذي منشأوه غير ارادي.

فمن قال، بعدم الجواز تمّسك بعدم وجود النص، بل قال بوجود نصوص تؤيّد دوام الزواج وعدم التفريق.

ومن قال بالجواز مطلقا استند الى القواعد الشرعية العامة منها: ((لا ضرر ولا ضرار في الاسلام)).

كما إستدل بالقياس على خيار العيب في البيع، وبقول الصحابي أيضا بناء على أنه حجة.

ومن فرّق بين الزوج والزوجة قال: أن التفريق استثناء من قاعدة عدم أنتهاء الزواج الا بالموت أو الطلاق، والاستثناء يكون للضرورة، والضرورات تقدر بقدرها، فما دام الزوج يملك سلطة الطلاق فلا ضرورة بالنسبة اليه.

القول الأول ـ المنع مطلقا:

فلا يحق لاحد الزوجين أن يطلب التفريق قضاء بحجة قيام الضرر كما لا يجوز للقاضي استجابة هذا الطلب.

وقد تبنّى هذا الاتجاه فقهاء الظاهرية[1] وبعض الزيدية.

واستدلوا بأدلة اهمها ما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا﴾[2]. فالضرر اللا ارادي ليس في وسع الانسان وغير خاضع لارادته واختياره فلا يحاسب عليه بمقتضى هذه الآية.

٢- الزواج الصحيح يثبت بكتاب الله والسنة، ومن فرّق بينهما بغير الكتاب والسنة يسري عليه حكم قوله تعالى: ﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ﴾[3].

٣- عدم وجود سابقة قضائية عن الرسول ﷺ مع عرض مثل هذه القضايا عليه منها قضية زوجة عبد الرحمن بن الزبير الذي كان مصابا بالعنة ومع ذلك لم يفرق بينهما[4].

٤- من الضرورات الدينية أن الزواج الصحيح لا ينتهي الا بالطلاق أو الموت، فلا يوجد نص صريح على جواز أنهاء علاقة الزوجية بغيرهما[5].

---

[1] قال ابن حزم (المحلى ١٠/٥٨): (ومن تزوج امرأة فلم يقدر على وطئها مرة أو مرارا أو لم يطأها قط فلا يجوز للحاكم ولا لغيره أن يفرّق بينهما). وقال ايضا (المرجع السابق ١٠/١٠٩): (لا يفسخ النكاح بعد صحته بجذام حادث ولا ببرص، ولا بجنون، ولا بان يجد بها شيئا من هذه العيوب، ولا بأن تجده هي كذلك، ولا بعنانة ولابداء فرج ولا بشيء من هذه العيوب).

[2] (لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْراً كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلا تُحَمِّلْنَا مَا لا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَاغْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلانَا فَانْصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ) (البقرة:٢٨٦).

[3] (وَاتَّبَعُوا مَا تَتْلُوا الشَّيَاطِينُ عَلَى مُلْكِ سُلَيْمَانَ وَمَا كَفَرَ سُلَيْمَانُ وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ وَمَا أُنْزِلَ عَلَى الْمَلَكَيْنِ بِبَابِلَ هَارُوتَ وَمَارُوتَ وَمَا يُعَلِّمَانِ مِنْ أَحَدٍ حَتَّى يَقُولا إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلا تَكْفُرْ فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ وَمَا هُمْ بِضَارِّينَ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ وَيَتَعَلَّمُونَ مَا يَضُرُّهُمْ وَلا يَنْفَعُهُمْ وَلَقَدْ عَلِمُوا لَمَنِ اشْتَرَاهُ مَا لَهُ فِي الْآخِرَةِ مِنْ خَلاقٍ وَلَبِئْسَ مَا شَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ) (البقرة:١٠٢).

[4] خلاصة القضية: أن زوجة عبد الرحمن التي تزوجها بعد أن طلقها رفاعة قالت للنبي ﷺ أنه ما معه الا مثل هذه الهدبة. وأخذت هدبة من جلبابها فتبسم الرسول وقال: لعلك تريدين أن ترجعي الى رفاعة؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك. هذا الكلام كناية عن الدخول.

قال ابن حزم (١٠/١٠٩،٥٨): (هذه المرأة شكت الى النبي وارادت مفارقته فلم يشكها ولا اجل لها شيئا ولا فرق بينهما).

[5] بعد أن استعرض الشوكاني (نيل الأوطار ٦/١٧٨) آراء الفقهاء قال: ومن أمعن النظر لم يجد في الباب ما يصلح للاستدلال به على الفسخ بالمعنى المذكور عند الفقهاء).

مناقشة هذه الأدلة:

١ـ قوله تعالى: ﴿لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا﴾ حجة عليهم لا لهم، لأنّ الله لا يكلّف الزوج المتضرر من الزوج الآخر أن يصبر على ضرر لا يستطاع استمرار الحياة الزوجية معه.

٢ـ التفريق بالضرر عمل بالكتاب والسنة قال تعالى ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[1]. وقال الرسول ﷺ: ((لا ضرر ولا ضرار في الاسلام)). وقوله تعالى: ﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ﴾ ورد بشان التفريق عن طريق الدجل والسحر...

٣ـ زوجة عبد الرحمن لم تطلب التفريق والا لقضي به الرسول، لأن من مهمته ازالة الضرر ورفع الظلم، وكان سؤالها عن حكم رجوعها الى الزوج الأول إن طلقها عبد الرحمن بقرينة قوله ﷺ: ((لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك -اي حتى يتم الدخول-))[2]

٤ـ الاستصحاب الذي استندوا اليه يتعارض مع نص (لا ضرر ولا ضرار) وامثاله. ومن القواعد الاصولية: أن الاستصحاب لا يعمل به الا عند عدم وجود النص، واذا تعارض معه يقدم عليه النص.

وجاء في الروضة الندية (٢/٣٢): (فاعلم أن الذي ثبت بالضرورة الدينية هو أن عقد النكاح لازم يثبت به أحكام الزوجين وثبت بالضرورة أن يكون الخروج منه بالطلاق أو الموت. وما ذكروه من العيوب لم يأت في الفسخ بها حجة نيّرة ولم يثبت شيء منها).

[1] ﴿وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ هُوَ سَمَّاكُمُ الْمُسْلِمِينَ مِنْ قَبْلُ وَفِي هَذَا لِيَكُونَ الرَّسُولُ شَهِيداً عَلَيْكُمْ وَتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ فَأَقِيمُوا الصَّلاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَاعْتَصِمُوا بِاللَّهِ هُوَ مَوْلاكُمْ فَنِعْمَ الْمَوْلَى وَنِعْمَ النَّصِيرُ﴾ (الحج:٧٨).

[2] البخاري: ٥٣٤٦

القول الثاني جواز التفريق بالضرر اللا ارادي:

ذهب جمهور المالكية، والشافعية، والحنابلة، والجعفرية، وجمهور الزيدية، والاباضية: الى القول بجواز التفريق قضاء بالضرر الناشىء عن الامراض والعيوب اللا ارادية مع اختلافهم في التفصيـل الآتي:

المالكية:

الامراض والعيوب المجيزة للتفريق عندهم محددة منها: مشتركة كالجـذام والـبرص. ومنهـا خاصة بالزوج كالعنة[1]. ومنها تنفرد بها الزوجة كالرتق والقرن[2].

وهم بالاضافة الى الأخذ بفكرة تحديد الأسباب اشترطوا توافر ما يلي:

١ـ أن يكون السبب موجودا عند العقد، فالاسباب الطارئة بعد الزواج ـ باستثناء الجذام البيِّن والبرص المضر ـ لا تجيز التفريق[3].

٢ـ أن لا يكون الطرف السليم عالما بالسبب قبل العقد أو راضيا به بعده، فان علم بالعيب ورضي به بالقول أو الفعل فلا يحق له أن يطلب التفريق.

٣ـ أن يؤجل التفريق لمدة سنة من تاريخ طلبه في كل مرض يرجى شفاؤه.

وللمالكية بعد تحقق هذه الشروط قولان: أحدهما يطلقها القاضي نيابة عن الزوج أن ابى الطلاق. والثاني يامر القاضي الزوجة أن تطلق نفسها ثم يحكم به هو. والفرقة على كلا القولين طلقة بائنة[4].

الشافعية:

اخذ فقهاء الشافعية بتحديد الأسباب وهي عندهم سبعة، منها مشتركة، كالجنون والجذام والبرص، ومنها مختصة بالزوج كالعنة والجب[5] ومنها تنفرد بها الزوجة كالرتق والقرن. واشترطوا للتفريق بها الشروط التالية.

---

[1] العنة عدم القدرة على الاتصال الجنسي لضعف أو كبر سن أو مرض.

[2] القرن بفتح القاف والراء غدة في مهبل الزوجة تمنع الاتصال الجنسي. والرتق بفتح التاء أنسداد أو التحام للجهاز التناسلي للزوجة يمنع المعاشرة الجنسية.

[3] جاء في شرح الخرشي (٣/٢٣٥): (العيب الذي يوجب الخيار لأحد الزوجين على صاحبه شرطه أن يكون موجودا عند العقد أو قبله .فالطارىء بعده لا يوجب الخيار الا ما استثني).

[4] الدسوقي على الشرح الكبير ٣٣٧/٢.

[5] اي بان يكون الجهاز التناسلي للزوج مقطوعا.

١ـ أن يكون طلب التفريق بعد العلم بالعيب مباشرة، فكل تأخير دون العذر يسقط الحق قياسا على خيار العيب في البيع.
٢ـ أن يكون التفريق بالعنّة بعد تأجيل سنة من تاريخ الدعوى.
٣ـ ثبوت السبب المدعّى به لدى القاضي.
٤ـ الا تكون العّنة حادثة بعد الدخول والا فلا تبرر طلب التفريق.
٥ـ أن لا يكون كلاهما مجنونين، لان التفريق لا يكون الا بعد الطلب من أحد الزوجين والمجنون ليس أهلا للطلب.

وبعد تحقق هذه الشروط يتولى القاضي التفريق فان لم يوجد فالحَكَمْ والا فللزوجة حق الفسخ بنفسها للضرورة، والفرقة فسخ[1].

الحنابلة:

لا خلاف عندهم في التفريق للعلل التناسلية المانعة من المعاشرة الزوجية، لكن إذا كان المانع موجودا لدى الطرفين بان يكون الزوج عنيناً والزوجة رتقاء، ففي أحد القولين لهم لا يفرق بينهما[2].

أمّا الأسباب الأخرى فلا خلاف أيضا في التفريق بالجنون والجذام والبرص.

ولهم فيما عدا هذه الثلاثة رأيان: أحدهما وهو اختيار ابن تيمية وابن قيم يثبت حق طلب التفريق بكل مرض أو عارض يضرّ بالطرف الآخر دون تحديد[3].

وشروط التفريق بالأمراض والعلل عند الحنابلة هي:

١ـ أن يكون السبب موجودا حين العقد ولا يعلم به الطرف السليم، فاذا حدث بعده فلهم قولان: أحدهما لا يجوز التفريق.
٢ـ في التفريق للعجز الجنسي يجب التأجيل سنة من رفع الدعوى.
٣ـ تقديم الطلب من المتضرر واقتناع القاضي بوجود الضرر[4].

---

[1] المهذب ٢/٤٨. الشرقاوي ٢٢٥٢. نهاية المحتاج ٦/٣٠٢.
[2] المحرر ٢/٢٤.
[3] زاد المعاد (٤/٣١) وفيه: (والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار. وما الزم الله مضروراً قط ولا مغبونا قط بما غرّ به وغبن به. ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه هذا القول وقربه من قواعد الشريعة).
[4] منتهى الارادات ٢/١٨٨. الاقناع ٢/٧٨.

الجعفرية:

فقهاء الجعفرية كالجمهور حددوا العيوب المبررة للتفريق. قال العاملي: والعيوب المجـوزة لفسخ الزواج في الرجل خمسة: الجنون والخصاء والجبّ والعنةّ والجذام.

وعيوب المرأة تسعة: الجنون والجذام والبرص والعمي والاقعاد والقرن والعفل والرتق والافضاء[1]. واشترطوا بهذه العلل توفر ما يلي:

١ـ أن يكون الطلب بعد العلم بالعيب فوراً والا فيسقط حقه.

٢ـ أن كان السبب عّنة يجب الاّ تكون طارئة بعد الدخول ولو كان الدخول مرة واحدة، ومع ذلك يجب تأجيل التفريق بها لمدة سنة من حين الترافع.

٣ـ في عيوب وامراض الزوجة إذا كانت طارئة بعد العقد لهم ثلاثة أقوال:

أ ـ لا خيار له في طلب التفريق مطلقا تمسكا باصالة العقد واستصحابا لحكمه.

ب ـ له الخيار مطلقا عملا باطلاق بعض النصوص.

جـ ـ ليس له بعد الدخول ويحق له الطلب قبله.

والتفريق عندهم يعتبر فسخا[2].

الزيدية:

التزموا جانب التحديد أيضا فقالوا: العيوب المبررة لطلب التفريق أحد عشر. خمسة منها مشتركة بين الزوجين وهي: الجنون، والجذام، والبرص، والرق، وعدم الكفاءة. وثلاثة منها تختص بالزوجة وهي القرن والرتق والعفل. وثلاثة ينفرد بها الزوج وهي الجبّ والخصي والسّل[3]. ولكن التفريق للعنة محل خلاف فمنهم من لم يرها سببا للتفريق سواء حدثت قبل الدخول أو بعده.

وأخذ البعض منهم بعدم تحديد العيوب والأمراض، بل اعتبروا كل مضر بالطرف الآخر مبرراً لطلب التفريق[4]. كما ذهب الى ذلك ابن تيمية وابن قيم.

---

[1] الروضة البهية ٢/١٨٨وما بعدها. شرائع الاسلام ٢/٣٠-٣٢.

[2] الروضة البهية ٢/١٣٦.

[3] سل البيضتين مع بقاء الذكر.

[4] جاء في المنتزع المختار (٢/٢٣٩): (قال القاضي حسين: أنها غير منحصرة بل كل مانع من توقان النفس وكسر الشهوة فانه يُرّد به النكاح).

واشترط الزيدية للتفريق بالأسباب المذكورة توفر ما يلي:

١ـ أن لا يكون السبب طارئا بعد الدخول ـ باستثناء الجنون والجذام والبرص حيث لا فرق فيها بين القديم والحديث لخطورتها.

٢ـ أن لا يصدر ممن له حق الخيار ما يدل على الرضا، وبناء على ذلك يبطل حق طلب التفريق بما يلي:

أ ـ إذا علم بالسبب قبل العقد وسكت.

ب ـ إذا علم به بعد العقد ورضي به.

جـ ـ إذا حصل الدخول أو الخلوة، أو مكنت نفسها له بعد علمها بعيبه فالدخول والخلوة يسقطان حق الزوج، وتمكين الزوجة يسقط حقها.

٣ـ إذا كانا معيبين سواء كان العيبان متماثلين أو مختلفين فلا خيار لأيّ منهما.

وإذا توفرت هذه الشروط يفسخ الزواج بتراضي الطرفين دون اللجوء الى القضاء إذا كان العيب المبرر للتفريق متفقا عليه في المذهب.

فاذا لم يتم التفريق بالتراضي، أو كان السبب مختلفا فيه يحكم القاضي به.

والفرقة للعلل سواء كانت بالتراضي أو بحكم القضاء فسخ عندهم[1].

الاباضية:

ذهب فقهاء الاباضية الى أنه يثبت حق الخيار لكل من الزوجين إذا ثبت في الزوج الآخر مرض تناسلي أو سار أو منفر، وأخذوا أيضا بالتحديد بالجنون والجذام والجب والعنة، وقالوا: لا تفريق بغير ذلك من الامراض.

وبالاضافة الى التحديد اشترطوا توفر ما يلي:

١ـ أن يكون السبب موجودا قبل العقد، أمّا الطارئ بعده وبعد الدخول فلهم فيه قولان: أحدهما لا يكون مبررا.

٢ـ أن لا يرضى به الطرف الآخر بعد العلم به لكن لم يشترطوا الفور ولا كون طالب التفريق سالما من هذه الامراض.

وقالوا: أن حق طلب التفريق يبقى بعد شفاء المريض لان المصاب بالمرض الساري معرّض لأن يرجع عليه. وكذلك لم يشترطوا حكم القاضي للتفريق[2].

---

[1] التاج المذهب ٢/٦٣ـ٦٦. المنتزع المختار ٢/٢٣٩.

[2] شرح النيل وشفاء العليل ٣/٢٤٤ـ٢٤٩.

والفرقة عندهم فسخ.

هذا مجمل من تفصيل الجمهور الذين قالوا: بالتفريق للامراض والعلل والاعراض المنفرة والعاهات المستديمة.

ويلاحظ عليهم بعض الملاحظات منها:

١ـ الاخذ بالتعداد وحصر الامراض والعلل في بعض الالوان دون بعض يتعارض مع علة تشريع التفريق لتلك الاسباب، وهي ازالة الضرر، فالمفروض أن يدور الحكم مع علته وجوداً وعدماً، فأينما وجد الضرر الذي لا يطاق يقضى بجواز التفريق، بغضّ النظر عن مصدر هذا الضرر.

٢ـ اعتبار الرضا بالعيب في يوم ما، أو التأخير في طلب التفريق، أو كون السبب طارئـا بعد العقد أو الدخول مسقطا لحق من له طلب التفريق يصطدم مع اطلاق قوله تعالى ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾، ومـع عمـوم قـول الرسـول ﷺ ((لاضـرر ولاضرار)). لان لفظ (حرج) مطلق يشمل جميـع الحـالات، ولفظـي (ضـرر وضـرار) نكرتان واقعان في حيز النفي تفيدان العموم، والمطلق يحمل علـى اطلاقـه مـا لم تقـم قرينة على تقييده والعام يعمل بعمومه ما لم يقم دليل على تخصيصه، فلا قرينة ولا دليل.

القول الثالث ـ حق التفريق للعلل والامراض ثابت للزوجة فقط:

وهو اختيار الحنفية فقالوا:

ان الزوج يملك الطلاق، فللزوجة حق طلب التفريق اذا كان زوجها مصـابا بعلة من العلل التناسلية كالعنة والجب والخصاء. أمّا بالنسبة لبقية الأمراض السارية والمنفّرة فلم ير أبو حنيفة ولا ابو يوسف منحها هذا الحق، لأن الأصـل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج، وانما يثبت الخيار في العيوب التناسلية، لانها مخلة بالمقصود الذي شرع لاجله الزواج[1]. ولم يفرق محمد صاحب ابي حنيفة بين العيوب التناسلية وغيرها في ثبوت حق طلب التفريق

[1] فتح القدير ٣٠٥/٤ .

لها[1]. ونقل عنه تحديد غير التناسلية بالجنون والجذام والبرص. لكن يرى الكاساني أنّ الإمام محمد صاحب ابي حنيفة لم يقل بحصر وتحديد الامراض والعلل[2].

وبذلك يتفق رأي محمد مع رأي ابن تيمية وابن قيم من الحنابلة، والقاضي حسين من الزيدية في عدم تحديد العلل والأمراض، لأن المعيار هنا هو الضرر اللا ارادي بغض النظر عن طبيعية المرض، ما دام الزوج الآخر لا يستطيع أن يتحمل هذا الضرر. واستدل ابو حنيفة وابو يوسف على عدم جواز التفريق بغير العلل التناسلية، بان الخيار بهذه العلل ثبت لدفع ضرر فوات حقها المستحق بالعقد وهو الوطء مرة واحدة، وهذا الحق لم يفت بهذه العيوب، لان المعاشرة الزوجية تتحقق مع غير العلل التناسلية فلا يثبت الخيار[3].

ومن الغريب العجيب أن يعتبر هذان الفقيهان العظيمان حق الزوج في التمتع بزوجته متحققا بالوطء مرة واحدة، وان يريا أن المعاشرة الزوجيه هي القضايا الجنسية فقط، وان الامراض غير التناسلية لا تحول دون تحققها، في حين أن المعاشرة هي السكينة والمودة والمحبة والرحمة وغيرها من الوان التمتع الزوجي، كما نص على ذلك القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أن خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أنفُسِكُمْ أزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً أن فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[4].

واشترط فقهاء الحنفية للتفريق بالعلل المذكورة ما يلي:

١ـ أن لا يصدر عن الزوجة ما يدل على الرضا بالعيب.

٢ـ أن لا يكون العيب طارئا بعد الدخول.

---

[1] المرجع السابق. المبسوط ١٠٤/٥.

[2] البدائع (١٥٣٦/٣ـ١٥٣٧) وفيه: (وأمّا خلو الزوج عما سوى هذ ه العيوب الخمسة من الجب والعنة والتأخذ والخصاء والخنوثة فهل هو شرط لزوم النكاح؟: قال ابو حنيفة وابو يوسف: ليس بشرط ولا يفسخ النكاح به. وقال محمد خلوه من كل عيب لايمكنها المقام معه الا بضرر كالجنون والجذام والبرص شرط لزوم النكاح، حتى يفسخ به النكاح.

وجه قول محمد: أن الخيار في العيوب الخمسة أنما ثبت لدفع الضرر عن المرأة. وهذه العيوب في الحاق الضرر بها فوق تلك، لأنها من الادواء المتعدية عادة فلما ثبت الخيار بتلك فلان يثبت بهذه أولى. بخلاف ما اذا كانت هذه العيوب من جانب المرأة، لأن الزوج وان كان يتضرر بها لكن يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق فان الطلاق بيده والمرأة لا يمكنها ذلك).

[3] البدائع، المرجع السابق.

[4] سورة الروم: ٢١.

٣ـ أن يكون الحكم بالتفريق للعنة بعد تأجيل سنة من الدعوى[1].

٤ـ عند مطالبة الزوجة بالتفريق للعنة يجب أن لا تكون رتقاء، لانه لا حق لها في المطالبة بالمعاشرة الجنسية مع قيام المانع فيها.

٥ـ تقديم الطلب من الزوجة الى القاضي والفرقة[2] طلقة بائنة عند الحنفية[3] لان فعل القاضي اضيف الى الزوج، فكانه طلّقها بنفسه، ولان المقصود وهو رفع الظلم عنها لا يحصل الا بها، لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة[4].

ويلاحظ على الحنفية بهذا الشأن بعض الملاحظات منها:

١ـ أن القول بعدم حق طلب التفريق اذا كان السبب طارئا بعد الدخول، يتعارض مع عموم القواعد العامة للشريعة الاسلامية الآمرة برفع الضرر كما ذكرنا.

٢ـ أن رفض أبي حنيفة وأبي يوسف للتفريق بغير العلل التناسلية يتعارض مع ما هو معروف من طابع التعليل العقلي والمنطق السليم لمذهب أبي حنيفة، بالاضافة الى تعارضه مع القواعد الشرعية العامة الآمرة بضرورة ازالة الضرر مطلقا.

٣ـ أنّ حرمان الزوج من حق طلب التفريق بحجة أنه يملك الطلاق، اجحاف بحقه، حيث أن التفريق قضاء يختلف عن الطلاق في بعض الآثار، فالتفريق بطلب من الزوج بسبب موجود في الزوجة يسقط حق الزوجة في المهر المؤجل، بخلاف الطلاق، لانه اذا طلقها بعد الدخول سواء كان بتقصير الزوجة ام لا، يلتزم بدفع المهر كله لتقرره بالدخول.

الاستنتاج والترجيح:

١ـ أكثر أنصار التفريق القضائي للأمراض والعلل أخذوا بالحصر والتحديد، مع أن ذلك يتعارض مع علة تشريع التفريق بتلك الأمراض والعلل، وهي ازالة ضرر المتضرر من احد الزوجين، لان المفروض كما هو المقرر في أصول الفقه الاسلامي أن يدور الحكم مع العلة وجودا وعدما، ولأنه قد يكتشف الطب امراضا اخرى اشد خطورة منها، وقد تحدث علل نتيجة تطور الحياة تكون اكثر منها ضرراً.

---

[1] فتح القدير ٢٩٧/٤.

[2] فتح القدير ٢٩٩/٤.

[3] ويتفق هذا مع قول مالك والثوري.

[4] شرح العناية على الهداية ٣/ ٢٦٣ . المبسوط ٥/ ٩٧.

٢- سقوط حق طلب التفريق ببعض المسقطات التي ورد ذكرها، كالتأخير في تقديم الطلب، وكالرضا بالضرر في فترة زمنية محددة، وكحدوث المرض بعد العقد أو بعد الدخول.. يصطدم مع عموم واطلاق القواعد والنصوص المقررة للتفريق لرفع الضرر، لان الانسان قد يتحمل الضرر في وقت لا يستطيع تحمله في حين اخر لما يواجهه من التطورات في حياته.

٣- قول بعض الفقهاء، كالزيدية والجعفرية والاباضية بان التفريق لا يحتاج الى حكم القضاء، يفتح باب التفريق الكيفي لأسباب قد تكون وهمية لا حقيقية لخطورتها على الطرف الآخر المطالب بالتفريق، ويعطي المجال للفوضى في حياة الاسرة، لذا أرى أن يتم كل تفريق للضرر اللاارادي بحكم القاضي، بعد ثبوت هذا الضرر بتقرير طبي من اللجنة الطبية المختصة.

٤- الواجب الديني والاخلاقي والانساني يطلب من الزوجين أن يتعاونا في السراء والضراء، وان يبذلا جهودهما المادية والمعنوية في سبيل معالجة المصاب بالمرض المبرر للتفريق، بدلا من اللجوء الى القضاء.. واذا رجعنا الى ما قبل الفي سنة نجد أن قانون حمورابي طلب من الزوج أن لايطلّق زوجته المريضة، وسمح له أن يتزوج ثانية على أن يقوم بمداراة ورعاية الزوجة المريضة، وترك حرية الارادة للمريضة في البقاء أو طلب الطلاق والرجوع الى اهلها[1]. فالمفروض أن نكون اكثر التزامًا بهذا الجانب الاخلاقي ما دمنا نعتبر أنفسنا اكثر حضارة واكثر تقدما واكثر أنسانية ممن عاشوا في عهد حمورابي.

٥- أقترح أن تأخذ التشريعات الوضعية في البلاد العربية والاسلامية في التفريق القضائي بمعيار الضرر اللاارادي الذي يتعسر معه استمرار الحياة الزوجية، بغض النظر عن مصدره، وان يترك تعداد الأسباب في قوانين الأحوال الشخصية، اخذا برأي الأمام محمد صاحب ابي حنيفة ورأي ابن تيمية وابن قيم والقاضي حسين.

٦- في حالة التفريق قضاءً أرى أن يؤخذ براي المالكية والحنفية في اعتبار الفرقة طلقة بائنة، مادام الغرض منها ازالة الضرر القائم.

---

[1] أنظر الجزء الأول من هذا الكتاب ص٣٠.

المبحث الثاني

التفريق للضرر الارادي

المقصود من الضرر الارادي هو أن يكون منشأوه عملا أو قولا اراديا لاحد الزوجين أو كليهما مباشرة أو تسبيبا، سواء أكان الضرر مادياً كالضرر المترتب على عدم الانفاق، ام معنوياً كحرمان الزوجة من التمتع الجنسي بسبب غيبه الزوج أو هجره، وبامكاننا ارجاع جميع الأسباب الارادية المضرة بأحد الزوجين أو كليهما، الى أربعة:

١ـ حرمان الزوجة من النفقة.

٢ـ حرمان الزوجة من المعاشرة الزوجية.

٣ـ اعتداء أحد الزوجين على الآخر بالقول أو الفعل.

٤ـ ارتكاب معصية من أحدهما.

ولا أرى أن يكون هناك سبب ارادي يترتب عليه الضرر لأحد الزوجين يكون خارجا عن هذه الامور الأربعة الرئيسة. وبناء على ذلك تركت الطرق التقليدية المتبعة قديما وحديثا لعرض هذه الأسباب، وحاولت دراسة جميع الأسباب الارادية المبررة للتفريق قضاء، تحت هذه العناوين الاربعة، كما ادعو التشريعات الوضعية الى أن تاخذ بنفس الأسلوب لأنه اضبط شمولا وأكثر دقة.

أولا . حرمان الزوجة من النفقة:

مصدر هذا الحرمان قد يكون تعنّت الزوج، كما قد يكون بسبب غيابه أو أسره أو فقدانه أو الحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية، وهذه الأمور كلها تدخل في نطاق ارادة الانسان بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

آراء الفقهاء في التفريق لعدم الإنفاق:

إختلفت كلمتهم في هذا الموضوع على ثلاثة آراء (المنع مطلقا، والجواز مطلقا، والتفصيل):

الرأي الأول ـ المنع مطلقا (بعذر أو بدونه):

أي سواء كان ذلك لعجز الزوج المالي، أو لتعنته، أو لغيبته، أو لاسره، أو لفقده، أو لحبسه وهذا هو اختيار فقهاء الحنفية[1]، والظاهرية[2]، وبعض من الجعفرية[3]، وجمهور الزيدية[4]. وقول للشافعية، وقال به الأوزاعي والثوري، كما ذهب اليه بعض فقهاء التابعين كالزهري والنخعي، وعطاء بن يسار وبه أخذ إبن أبي ليلى[5] وقالوا: للزوجة أن تستاذن من القاضي للاستدانة والانفاق على نفسها على حساب الزوج، وعلى القاضي تأمين النفقة من مال الزوج أو من الاستدانة أو من بيت المال.

واستدل هؤلاء الفقهاء بادلة كثيرة اهمها مايلي:

١ـ الاخذ باخف الضررين لأنه لو فرّق بينهما لبطل حق الزوج ولـو لم يفـرق لتـأخر حـق الزوجة والأول اكثر ضررا، لأن النفقـة تسـتقر دينـا في ذمـة الـزوج بحكـم القاضـي فتستوفى في المستقبل، ولا تقاس النفقة على العجز في الجماع لان المال تابع للنكـاح فلا يلحق بما هو المقصود منه وهو التوالد.[6]

٢ـ النص على الانتظار في حالة عسر الزوج كما في قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ

---

[1] فتح القدير (٤/ ٣٩٠) وفيه: (ومن أعسر بنفقة امراته لم يفرّق بينها ويقال لها استديني عليه. ومعنى الاستدانة أن تشتري الطعام على أن يؤدى الزوج ثمنه ولو امتنع عن الانفاق عليها مع اليسر له لم يفرق ويبيع الحاكم عليه ماله ويصرفه في نفقتها فان لم يجد ماله يحبسه حتى ينفق عليها ولا يفسخ).

[2] المحلى (١٠/ ٩٢) وفيه: (ولو أن الزوج يمنعها النفقة أو الكسوة أو الصداق ظلما أو لأنه فقير لايقدر لم يجز لها منع نفسها منه من اجل ذلك) وفيه ايضا (١٠ / ٩١) (ومن منع النفقة والكسوة وهو قادر عليها فسواء كان غائبا أو حاضرا هو دين في ذمته يؤخذ منه ابدا ويقضي لها به في حياته وبعد موته).

[3] الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ١٤٤/٢. الخلاف للطوسي ٣٢٤/٢.

[4] التاج المذهب: (٢٨٥/٢) وفيه: (وان غاب الزوج أو تمرد عن أنفاق زوجته فانه ينفق عليها الحاكم من مال ذلك الغائب قدر ما تحتاج اليه مدة غيبته وينفقها الحاكم أيضا من مال الزوج المتمرد عن الانفاق عليها ولو حاضرا ويحبسه الحاكم اذا طلبت منه حبسه للتكسب. ولا يجوز فسخ النكاح بينهما عندنا لعدم الانفاق سواء كان لغيبته أو لتمرده أو لاعساره أو لعدم تكسبه..).

[5] فتح القدير ٣٠٤/٤. بداية المجتهد ٤٣/٢.

[6] الزيلعي ٥٤/٣ .

فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾[1]. وكل طلب من الزوجة للتفريق لعدم الانفاق في حالة عجز الزوج يصطدم مع هذا النص.

٣ـ ما كان عليه الصحابي من حالتي العسر واليسر، وكان المعسرون منهم اضعاف الموسرين ولم ترد واقعة يقضي فيها رسول الله ﷺ أو أصحابه بالتفريق لعدم الانفاق.

مناقشة هذه الادلة:

١ـ دعوى أن ضرر الزوجة الناشئ عن عدم الانفاق أخفّ من ضرر الزوج المترتب على التفريق تحكم وترجيح بلا مرجّح بل العكس هو الأصح. ولان الانسان يستطيع أن يعيش بلا معاشرة جنسية ولكن لا يمكنه ذلك مع الحرمان من النفقة فلما جاز التفريق بالعنّة فلان يجوز بالحرمان أولى. ولأن هذا الدليل يتعارض مع النصوص القرآنية الآمرة بالامساك بالمعروف منها قوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[2].

٢ـ قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾[3] دليل خاص بالمعسر والخاص لا يثبت به حكم عام يشمل الموسر والمعسر على حد سواء. والى جانب ذلك فان التوفيق بينه وبين قوله تعالى: ﴿لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا﴾ يكون بمنح الخيار للزوجة في طلب التفريق اذا لم تستطع الصبر. ثم الدين مذلة وعلى هذا الاساس سمي القرض دينا فلا تكلف الزوجة بتحمل هذه المذلة والاستدانة على حساب الزوج للانفاق على نفسها.

٣ـ وعدم وجود واقعة التفريق في عهد الرسالة والصحابة لا يكون حجة على عدم جواز التفريق بعدم الانفاق وذلك لما يلي:

أ ـ التفريق لا يكون الا بعد الطلب، ولم يثبت هذا الطلب من زوجة أي صحابي.

ب ـ أن زوجات الصحابة لم يعدمن النفقة بالكلية.

ج ـ الحياة تطورت، والنفوس تبدلت، والجانب المالي تغلب على الجانب الروحي

---

[1] (وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِن كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ) (البقرة:٢٨٠).

[2] (فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجاً) (الطلاق:٢).

[3] (وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِن كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ)(البقرة:٢٨٠).

خلافا لما كان عليه وضع الصحابة في صدر الاسلام، فلا يقاس ما عليه الانسان اليوم على ما كان عليه السلف الصالح في الماضي فإجبار الزوجة اليوم على تحمل معاناة المعيشة الضنكى إحراج لها وهو يتعارض مع قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾.[١]

الرأي الثاني: للزوجة طلب التفريق مطلقا (بعذر أو بدونه)

أي لها أن تطلب التفريق قضاء لعدم الانفاق سواء أكان الزوج موسراً ام معسراً، وسواء أكان حاضراً ام غائبا، فلها حرية اختيار أحد الأمرين (الصبر أو طلب التفريق) اذا لم يتمكن القاضي من تأمين النفقة لها من مال الموسر.

وهذا ما تبّناه فقهاء المالكية[٢]، وبعض الحنابلة[٣]. وهم قالوا: بالتفريق لعدم الانفاق مطلقا اذا توفرت الشروط التالية:

١ـ تقديم طلب من الزوجة أو من ينوب عنها الى القضاء تطلب فيه الانفاق أو التفريق.

٢ـ اثبات قيام الزوجية الصحيحة.

٣ـ اثبات استحقاق الزوجية للنفقة، وعدم قيام ما يحول دون ذلك[٤].

٤ـ عدم امكان تامين النفقة للزوجة من مال ظاهر للزوج[٥].

٥ـ اعطاء مهلة للزوج حسب تقدير القاضي ليختار فيها الزوج أحد الأمرين: إما الانفاق أو الطلاق[٦].

---

(١) (وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ هُوَ سَمَّاكُمُ الْمُسْلِمِينَ مِنْ قَبْلُ وَفِي هَذَا لِيَكُونَ الرَّسُولُ شَهِيداً عَلَيْكُمْ وَتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ فَأَقِيمُوا الصَّلاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَاعْتَصِمُوا بِاللَّهِ هُوَ مَوْلاكُمْ فَنِعْمَ الْمَوْلَى وَنِعْمَ النَّصِيرُ) (الحج:٧٨).

(٢) شرح الخرشي ٤/١٩٦ـ١٩٨ .الشرح الصغير للدردير ٢/٨٤٥ فما بعدها. مواهب الجليل ٤/١٩٦.

(٣) المغني ٧/٥٧٣ وما بعدها وفيه :(فان منعها ولم تجد ما تاخذه واختارت فراقه فرق الحاكم بينهما).الانصاف ٩/٣٩٠ وما بعدها الاقناع ٣/١٤٧.

(٤) الخرشي (٤/١٩١) وفيه: (المشهور أن الزوجة اذا منعت زوجها من الوطء بغير عذر فان نفقتها تسقط عنه. وكذلك تسقط نفقتها بمنعها الاستمتاع أو خرجت من محل طاعة زوجها بغير اذنه)

(٥) الخرشي (٤/١٩٧) وفيه: (واذا كان له مال ظاهر اخذ منه كرها).

(٦) الخرشي ٤/١٩٧) وفيه: (تلوم له باجتهاد الحاكم من غير تحديد بيوم أو ثلاثة أو شهر أو شهرين).

٦- أن يمتنع الزوج عن الانفاق والطلاق معاً بعد حكم القاضي عليه باختيار أحد الأمرين[١].

٧- أن يكون التفريق لعدم الانفاق بالنفقة الحاضرة أو المستقبلة، وليس لها طلب التفريق لنفقة متراكمة في ذمة الزوج[٢].

والفرقة لعدم الانفاق عند المالكية تعتبر طلقة رجعية أي: أن للزوج حق الرجعة خلال العدة اذا استانف الانفاق عليها. وهذا رأي وجيه نابع عن روح الشريعة الاسلامية.

وأهم أدلة استند اليها من قال بالتفريق لعدم الانفاق مطلقا ما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾. وليس الامساك مع ترك الانفاق امساكا بمعروف فتعين التسريح[٣].

٢- مرسل سعيد بن المسيب، حيث روى عن سفيان عن إبن أبي الزناد قال: سألت سعيد بن المسيب عن رجل لايجد ما ينفق على إمراته أيفرّق بينهما؟ قال: نعم. قال سنة؟. قال: سنة. وهذا ينصرف الى سنة رسول الله ﷺ.

٣- أمر عمر بن الخطاب ﷺ من غابوا عن نسائهم بأن ينفقوا عليهن أو يُطلّقوا.

٤- القياس على التفريق للعجز الجنسي. قالوا: اذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء - والضرر فيه اقل - فلان يثبت بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن الا بها أولى[٤].

---

[١] العدوي المرجع السابق وفيه :(وأمّا من لم يثبت عسره وهو يقر بالملأ ولمتنع من الانفاق والطلاق أي ولم يكن له مال ظاهر فانه يعجل عليه الطلاق على قول. ويسجن حتى ينفق عليها على اخر حكاهما ابن عرفه فان سجن ولم يفعل فانه يعجل عليه الطلاق). وفي المغني (٥٧٦/٧) ((وان غيب ماله وصبر على الحبس ولم يقدر الحاكم له على مال يأخذه أو لم يقدر على اخذ النفقة من مال الغائب فلها الخيار في الفسخ فقط وهو قول الخرشي واختيار ابي طالب)).

[٢] المغني ٥٧٥/٧ وفيه: (وان اعسر بالنفقة الماضية لم يكن لها الفسخ لانها دين يقوم البدن بدونها فاشبهت سائر الديون) وفي شرح الخرشي (١٩٤/٤): (اذا عجز الزوج عن النفقة الحاضرة أو المستقبلة لمن يريد سفرا دون الماضية).

[٣] المغني ٥٧٣/٧ .

[٤] المرجع السابق .

الرأي الثالث ـ التفصيل:

أي التفريق بين حالتي العجز والتعنت أو بتعبير آخر: بين حالتي العذر وعدم العذر، غير أن أصحاب هذا الرأي لم يتجهوا الى منهج واحد في هذا التفصيل، بل أنقسموا الى فريقين لكل اتجاه معاكس للآخر كما يلي:

أ ـ **قال فريق:** بالتفريق لعدم الانفاق من الفقير العاجز. أمّا إذا كانت سلبية الزوج في الانفاق لتعنته دون عجزه وفقره فلا سلطان لارادة الزوجة في المطالبة بالتفريق لامكان الحصول على النفقة بوساطة القضاء. وهذا هو الراجح لدى الشافعية[1] والمختار للقاضي من الحنابلة[2].

واستدلوا بأدلة منها:

١ـ الزوج الموسر يمكن استيفاء النفقة من ماله عن طريق القضاء.

وبناء على ذلك أن غاب وانقطع خبره لم يثبت لها الفسخ، لان الفسخ يثبت بالاعسار ولم يثبت[3].

٢ـ ما رواه ابو هريرة رضي الله عنه من أن النبي ﷺ قال: في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته يفرق بينهما.

ويناقش هذا الرأي بأن سبب التفريق الحقيقي هو ضرر الزوجة الناشئ عن عدم الإنفاق، فالسبب قائم سواء أكان الزوج معسرا أم موسراً متعنتا ما دامت الزوجة محرومة من النفقة.

ب ـ **وقال فريق:** للزوجة طلب التفريق إذا كان عدم الانفاق من زوج موسر متعنت، لأنه ظالم دون العاجز الفقير لانه معذور فلا يعامل معاملة الظالم. وهو اختيار ابن تيمية

---

[1] المهذب ٢/١٦٣ وفيه: (اذا اعسر الزوج بنفقة المعسر فلها أن تفسخ النكاح. وان كان الزوج موسرا وامتنع من الانفاق لم يثبت لها الفسخ لانه يمكن الاستيفاء بالحاكم).

[2] المحرر ٢/١١٦ وفيه. (اذا امتنع الموسر النفقة أو بعضها وتعذر دفع النفقة من ماله قال القاضي ليس له ذلك (طلب التفريق) بخلاف المعسر).

[3] نهاية المحتاج ٧/٢٠٧ وفيه: (الاصح لا فسخ بمنع موسر ـ أو متوسط حضر أو غاب).

وللشافعية وجه آخر بالنسبة للغائب حيث قال بعض اصحاب الشافعي: إذا أنقطع خبر الغائب يثبت لها الفسخ لان تعذر النفقة بانقطاع خبره كتعذرها بالاعسار. المهذب ٢/١٦٣.

وابن القيم من الحنابلة[1] وقال به بعض المتأخرين من فقهاء الجعفرية[2] وجل أدلتهم: قوله تعـالى: ﴿لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا﴾ وقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾.

ويناقش هذا الاستدلال بأن الآية الأولى حجة بيد الزوجة لطلب التفريق وان الثانيـة متعلقة بالديون في المعاملات المالية. ومن الجدير بالذكر أن ابن حزم الظاهري (رحمـه الله) قال: بوجوب نفقة الزوج الفقير العاجز على زوجته المتمكنة مالياً[3].

وأرى أنه رأي مصدره روح الشريعة الاسلامية وادعو المشرع في البلاد الاسلامية الاخذ به وتثبيته في قوانين الأحوال الشخصية.

الاستنتاج والترجيح:

أولا ـ الاستنتاج:

نستنتج من العرض السـابق أن سبب اختلاف الفقهاء في التفريق لعدم الانفاق يعود الى عدم وجود نص صريح من جهة،

والتعارض بين القياس والاستصحاب من جهة أخرى، بالاضافة الى الاختلاف في أن علـة الحكم هل هي ضرر الزوجة فقط أو هو مع سوء قصد الزوج؟

فمن قال بعدم التفريق: تمسك بعدم وجود النص، وبترجيح الاستصحاب على القياس. ومن قدم القياس وقاس عدم الانفاق على العنة مثلا لاشتراكهما في علة الحكم (الضرر) قال

---

[1] قال ابن قيم (زاد المعاد ٥١/٢):(ان الزوج اذا كان قادراً على الانفاق ولم ينفق ولم تقدر زوجته أن تأخذ من نفقتها كان لها أن تطلب الفسخ وليس لزوجة الفقير ذلك الا اذا غرها حين العقد وقال لها: أنه ثري ثم تبين أنه فقير معدم فلها في هذه الحالة أن تطلب الفسخ ايضا).

[2] يقول الاستاذ جواد مغنية في كتابة (الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة) ص١٩٢: (افتى السيد ابو الحسن في (الوسيلة)، والسيد محسن الحكيم في رسالة (منهاج الصالحين): بانه لو كان الزوج ممتنعا عن الانفاق مع اليسار ورفعت امرها الى الحاكم الزمه بالانفاق أو الطلاق واذا امتنع ولم يمكن الانفاق عليها من ماله ولا اجباره على الطلاق فالظاهر أن للحاكم أن يطلقها اذا ارادت الطلاق.

[3] المحلى ٩٢/١٠ وفيه : فان عجز الزوج عن نفقة نفسه وامرأته غنية كلفت النفقة عليه ولا ترجع عليه بشيء من ذلك أن أيسر[illegible] برهان ذلك قول الله ﷻ: (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس الا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك) قال علي: الزوجة وارثة فعليها نفقته بنص القرآن).

بالتفريق. ومن لم يفرق بين حالتي الاعسار واليسار اعتبر علة الحكم هي ضرر الزوجة فقط ومن فرق بينهما وقال بالتفريق في حالة اليسار دون الاعسار قال أن العلة هي ضرر الزوجة وسوء قصد الزوج معا.

ومن قال بعكس ذلك قال أن العلّة هي الضرر فقط، وهو قابل للزوال في حالة يسار الزوج عن طريق القضاء بخلاف حالة الاعسار فيها لا يزول الا بالتفريق.

الترجيح:

والذي أراه الأولى بالاختيار هو الأخذ بقول إبن حزم الظاهري في حالة عجز الزوج البدني والمالي عن الانفاق، ومقدرة الزوجة المالية على الانفاق على نفسها وزوجها وأولادها، لان رابطة الزوجية رابطة روحية، فطابع الدوام فيها يقوم على أساس التعاون والمودة. فعلى المرأة الكريمة أن تشاطر زوجها في السراء والضراء، وأن تقاسمه في الآلام والأفراح. والفقر ليس عيبا ولا نقصا يقلّل من قيمة الانسان. والمال غاد ورائح وزيد: ﴿فَأَمَّا الزَّبَدُ فَيَذْهَبُ جُفَاءً وَأَمَّا مَا يَنْفَعُ النَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي الْأَرْضِ﴾[1].

وفي حالة اعسار كليهما على الدولة تأمين عيشهما من خزينة الدولة (بيت المال)، لأن الضمان الاقتصادي للعجزة في المجتمع من أهم واجبات الدولة.

واذا كان الزوج فقيرا وقادرا على العمل، فعلى الدولة أيضا تأمين عمل شريف له.

وفي حالة تعنت الزوج الموسر يجب أن يعطى للزوجة حق طلب التفريق لرفع الغبن عنها، لان ازالة الضرر ورفع الظلم من واجبات القضاء. وذلك بعد اعطاء الزوج مهلة كافية لاستيقاظ ضميره ورجوعه الى استئناف الانفاق على شريكة حياته.

واذا أبى الزوج الانفاق والطلاق وطلبت الزوجة التفريق، فعلى القاضي استجابة طلبها على أن يعتبر التفريق طلقة رجعية أخذا برأي الأمام مالك (رحمه الله) وذلك لاعطاء فرصة اخرى للزوجة لاستئناف الحياة الزوجية بعد تقديم تعهد بالاستمرار على الانفاق.

---

[1] ﴿أَنزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَسَالَتْ أَوْدِيَةٌ بِقَدَرِهَا فَاحْتَمَلَ السَّيْلُ زَبَداً رَابِياً وَمِمَّا يُوقِدُونَ عَلَيْهِ فِي النَّارِ ابْتِغَاءَ حِلْيَةٍ أَوْ مَتَاعٍ زَبَدٌ مِثْلُهُ كَذَلِكَ يَضْرِبُ اللَّهُ الْحَقَّ وَالْبَاطِلَ فَأَمَّا الزَّبَدُ فَيَذْهَبُ جُفَاءً وَأَمَّا مَا يَنْفَعُ النَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي الْأَرْضِ كَذَلِكَ يَضْرِبُ اللَّهُ الْأَمْثَالَ﴾ (الرعد:١٧).

ثانيا . حرمان الزوجة من المعاشرة:

الحالة الثانية للضرر الارادي هي حرمان الزوجة من التمتع بالمعاشرة الزوجية مع زوجها، وهي أنسان لها ما للرجل من الحق في التمتع بلذة الحياة الجنسية وغيرها بطريقة مشروعة، فحرمانها من هذا الحق بارادة الزوج مباشرة أو تسببا، يعطيها الخيار بين تحمل معاناة هذا الضرر، وبين مطالبة القاضي بإزالته، لانه ظلم ورفع الظلم في هذا الباب من اختصاص القاضي.

ويندرج تحت هذه الحالة الهجر بالايلاء، وقد بيّنا أحكامه مفصّلا فلا داعي لاعادته هنا، والهجر بالغيبة التي تشمل حالات الفقدان والأسر والحبس لأن كل مفقود وكل أسير وكل سجين غائب عن زوجته. ثم أن هذه الحالات ليست هي السبب للتفريق، وانما السبب الحقيقي هو الضرر الناشيء عن فراق الزوج. وحرمان الزوجة من النفقة بسبب الغيبة والفقدان والاسر والحبس، هو نفس الحرمان في حالة حضور الزوج من حيث الحكم، مادام الزوج لم يترك مالا ينفق منه على الزوجة، لذا لا داعي لاعادة الخلاف المذكور في التفريق لعدم الانفاق، بل نقتصر على حكم الضرر الناشيء من حرمان الزوجة من التمتع بالمعاشرة الزوجية في هذه الحالات، وقد اختلف فقهاء المسلمين في التفريق لهذا الضرر على رأيين احدهما: رفض التفريق مطلقا، والثاني الاخذ بالتفصيل:

الرأي الأول ـ رفض التفريق مطلقا:

الذي يعطي جميع صور الغياب حكما واحدا هو عدم جواز التفريق بالغياب من القاضي الا بعد أن يموت أقران الغائب في السن، فعندئذ للقاضي أن يحكم بوفاته اسوة بهم، فتعتد زوجته عدة الوفاة.

وهذا الاتجاه هو ما تبناه فقهاء الحنفية، والظاهرية، وجمهور الزيدية، والشافعي في قوله الجديد كما في الايضاح الاتي:

قال الحنفية:

لايُفرّق بين المفقود وبين زوجته لقول النبي ﷺ في إمرأة المفقود: ((انها امراته حتى يأتيها البيان))، ولقول علي بن أبي طالب ؓ فيها: هي امراته ابتليت فلتصبر حتى يتبين الموت أو الطلاق. ولان النكاح ثابت باليقين والموت في حيّز الاحتمال، فاليقين لا يزول بالشك. ولان عمر بن الخطاب رضي الله عنه رجع عن رأيه القائل بالتفريق بعد تأجيل اربع

سنوات، واتفق مع علي في رفض التفريق. ولان الغيبة لا تقاس على الايلاء لانه طلاق معجل، ولا على العنة لان الغيبة يتوقع زوالها بخلاف العنة[1]. وبناء على كل ذلك يحكم القاضي بموت الغائب الذي لا يعرف مصيره بعد موت أقرانه، وأمّا الغائب المعروف مكاناً ومصيراً فيجبر على الطلاق أو الرجوع.

ومن نافلة القول أن نقول أنه رأي يتعارض مع روح الاسلام ومع النصوص الامرة بوجوب ازالة الضرر ورفع غبن المتضرر.

الظاهرية:

قال ابن حزم[2]: لايجوز فسخ نكاح أحد بغيبته، ولا ايجاب عدة من لم يصح موته، ولا أن يطلّق أحد عن غيره. وطعن فيما روى عن عمر بن الخطاب من التأجيل أربع سنوات ثم التفريق بأنه رواية ضعيفة..

وقال: لاحجة في احد دون الله تعالى ورسوله عليه الصلاة والسلام

ولا يحل تحريم فرج أباحه الله للزوج، وتحليله لمن حرمه الله عليه من سائر الرجال بغير قران ولا سنة.

الشافعية:

قال ابو اسحاق الشيرازي[3]: وفي القول الجديد (أي للشافعي) وهو الصحيح أنه ليس لها الفسخ قياساً على قسمة ماله، حيث لايجوز الحكم بموته في قسمة امواله، وكذلك لم يجز الحكم بموته في نكاح زوجته.

الزيدية:

تمسك جمهور فقهاء الزيدية بالقاعدة التي وردت على لسان رسول الله ﷺ ((الطلاق لمن لزم بالساق))[4]. وبان الزواج الثابت بالكتاب والسنة لا ينتهي الا بالطلاق أو الموت[5].

---

[1] أنظر الهداية شرح بداية المبتدى للمرغيناني طبعة البابي الحلبي القاهرة ٢/١٨١.

[2] أنظر المحلى ١٠ /١٣٩ـ١٤٣.

[3] المهذب ٢/١٤٦.

[4] وفي رواية (لمن اخذ بالساق).

[5] أنظر التاج المذهب ٢/٢٨٥ . البحر الزخار ٣/١٦٥ الروض النضير ٤/٤٢٨ ـ ٤٣٠.

الرأي الثاني ـ هو التفصيل:

أي إعطاء كل صورة من صور الغياب حكمها الخاص وهذا ما اختاره فقهاء المالكية، والجعفرية، والحنابلة، وبعض فقهاء الزيدية، والشافعي في قوله القديم، وسعيد بن المسيّب ومن هذا حذوهم.

المالكية:

اتى فقهاء المالكية في موضوع التفريق بالغياب بتفصيل لا نجده في أي فقه آخر كما يتبين من الايضاح الآتي:

أ ـ للمفقود خمسة أقسام ولزوجة كلٌّ حكمٌ خاص:

١ـ مفقود بلاد الاسلام في غير وقت أنتشار الوباء وفي ظرف طبيعي: تعتد زوجته عدة الوفاة بعد التأجيل أربع سنوات[١] من رفع أمرها الى القضاء أو جماعة من المسلمين عند عدم وجود القاضي.

٢ـ مفقود بلاد الاسلام وقت أنتشار الطاعون أو اي مرض اخر مهلك: تعتد زوجته عدة الوفاة بعد ذهاب الوباء لغلبة الظن بموته.

٣ـ مفقود المعترك بين المسلمين: تعتد زوجته عدة وفاة بعد أنفصال الصفين إذا شهدت البينة أنه حضر صف القتال، والا حكمه كالمفقود في بلاد الاسلام المتقدم ذكره.

٤ـ مفقود المعركة بين المسلمين والكفار: تعتد زوجته عدة الوفاة بعد سنة اعتبارا من رفع الامر الى القضاء عند بعض، وبعد نظر القاضي في شانه والسؤال والتفتيش عنه بحيث يغلب على ظنه عدم حياته، عند بعض آخرين.

٥ـ مفقود أرض الشرك والكفر: حكمه حكم الاسير الذي في الفقرة التالية.

ب ـ الغائب الأسير: تتربص زوجته حتى يموت أقرانه فيحكم القاضي بموته، لأنه لا يستطيع التفتيش عنه ومعرفة مصيره.

ومن البديهي أن هذا كان بالنسبة الى عصرهم وأمّا اليوم فان باستطاعة القاضي معرفة مصير الاسير عن طريق المنظمات الدولية منها الصليب الاحمر.

ج ـ الغائب الذي يعرف مكانه وغيره ويمكن الاتصال به عن طريق وسائل الاعلام: يأمره القاضي بطلب من زوجته أمّا بالرجوع الى زوجته أو نقلها اليه أو طلاقها وله

---

[١] هذا التحديد ماخوذ من قضاء عمر بن الخطاب. أو من اقصى مدة الحمل في نظرهم أو من اقصى مدة البريد ذهابا وايابا في زمنهم.

أن يعطيه مهلة حسب اجتهاده فان ابى كل ذلك بعد أنتهاء المهلة طلق عليه القاضي على أن لا تقل مدة الغياب عن سنة عند بعض وان تزيد عن ثلاث سنوات عند بعض آخرين من فقهاء المالكية.

والتأجيل في جميع الصور المذكورة مشروط بشرطين:

الأول: أن تتوفر النفقة للزوجة، والا فلها طلب التفريق لعدم الانفاق.

الثاني: عدم خشية الزوجة في وقوعها في الخطيئة والاثم نتيجة حرمانها من معاشرة زوجها، والا فللقاضي السلطة التقديرية في التفريق دون التقيد بمدة معينة للتأجيل.

وتصدق الزوجة في دعوى خشية الزنا، وفي دعوى تحديد مكان الزوج، وامكان الاتصال به عن طريق البريد والاعلام، وفي تضررها من غياب الزوج لان كل ذلك من الامور التي لا تعلم الا منها.

د ـ الحاضر الذي هجر زوجته ومعاشرتها الجنسية دون عجز ويقصد الاضرار بها:

يسري عليه حكم الايلاء عند المالكية وان لم يقترن ذلك باليمين فللقاضي أن يأمره بالمعاشرة أو الطلاق فان أبى طلّق عليه بطلب من الزوجة بعد مضي أربعة اشهر[1].

هـ ـ المتفرغ للعبادة التارك لمعاشرة زوجته بصورة كلية:

للقاضي أن يطلق عليه بطلب من زوجته أن ابى الرجوع الى المعاشرة أو الطلاق.

جاء في مختصر خليل: (واجتهد[2] وطلق في لاعزلن، أو لا ابيتنّ، أو ترك الوطء ضررا وان غائبا، أو سرمد العبادة بلا اجل على الاصح)[3].

و ـ إذا تعاطى الزوج دواء لقطع القوة الجنسية، أو لعلاج مرض وهو يعلم أن هذا الدواء يقطعها أو يشك في ذلك ثم تحققت هذه النتيجة يحق لزوجته طلب التفريق[4].

---

[1] بالنسبة للايلاء المدة تعتبر من ترك المعاشرة، وارى في هذه القضية أن تعتبر المدة من رفع دعوى الزوجة.
وللاطلاع على تفاصيل اقسام المفقود والغائب راجع الخرشي ١٤٩/٤ـ ١٥٣ ولنظر الشرح الصغير مع الصاوي ٤٦٩/٢.

[2] اي لجتهد القاضي واستخدم سلطته في ضوء ظروف القضية وحاجة الزوجة.

[3] مختصر خليل وشرحه الخرشي ٩٣/٤.

[4] أنظر شرح الخرشي ٩٣/٤، ٩٤،١٤٩، ١٥٠،١٥٢،١٥٣. الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٤٦٩/٢ـ٤٧١.

الجعفرية:

قالوا: لا خيار لزوجة الغائب في حالتين:

الأولى: إذا كان الغائب معروف الخبر بأن يعرف أنّه لا يزال على قيد الحياة.

الثانية: أن يكون مجهول الخبر ولكن له وليّ ينفق على زوجته.

فان جهل خبره ولم يكن من ينفق عليها: فان لم تصبر رفعت أمرها الى القاضي وعليه أن يؤجّل التفريق لمدة أربع سنوات، وأن يفتّش عنه ويستفسر عن مصيره.

أ ـ فان عرف حياته فعليها الصبر أبدا وعلى الإمام أن ينفق عليها من بيت المال.

ب ـ وان لم يعرف مصيره من الحياة أو المماة، أمرها بأن تعتد عدة الوفاة بعد إنتهاء الأجل (الأربع السنوات) ثم لها أن تتزوج.

فان لم تتزوج ورجع الزوج بعد ذلك فلهم قولان: أظهرهما لا سبيل له عليها، لإنقطاع علاقة الزوجية بحكم القضاء.[1]

الحنابلة:

ذهب فقهاء الحنابلة في التفريق بالغيبة الى التفصيل الآتي:

أ ـ الغائب المفقود في ظرف يغلب فيه الهلاك كظرف الحرب، تتربص الزوجة أربع سنوات ثم تعتدّ للوفاة. قال المرداوي[2]: هذا هو المذهب وعليه جماهير الأصحاب. وتبدأ مدة التربص من الفقدان تلقائياً دون حاجة الى اللجوء للقضاء في رواية اعتبرها بعض فقهاء الحنابلة هي الأصح[3]. وفي رواية أخرى تبدأ من رفع أمرها الى القاضي ليحكم بالتربص وبعدة الوفاة بعد التربص أربع سنوات.

ب ـ الغائب المفقود في حالة تغلب فيها السلامة على زوجته أن تتربص حتى يثبت موته.

فلا تفريق لهـا مـا دام الانفـاق عليهـا ممكنـاً والا لهـا ذلـك لعـدم الانفـاق لا للغياب[4]

ج ـ لزوجة الأسير حكم زوجة المفقود في الظروف الطبيعية[1].

---

[1] ايضاح الفوائد شرح اشكالات القواعد ٣٥٣/٣. المختصر النافع ص٢٢٥.

[2] الانصاف ٢٨٨/٩.

[3] المرجع السابق ٢٨٩/٩.

[4] المرجع السابق ٢٨٨/٩.

د ـ وإذا لم تكن الغيبة منقطعة ليس لها التفريق الا أن يتعذر الإنفاق عليها من ماله[١].

هـ ـ وروى عن الإمام أحمد القول بالتفريق لزوجة الغائب المعروف مكانه ومصيره إذا لم يكن الغياب بعذر بعد أنذاره من القاضي بالرجوع أو ترحيل الزوجة اليه، أو الطلاق استناداً الى قضاء عمر بضرورة رجوع الزوج الغائب الى زوجته بعد مضي ستة أشهر وان كان غيابه بعذر.

بعض فقهاء الزيدية:

ذهب البعض من الزيدية الى أنه إذا طالت مدة الغيبة وكانت الزوجة تتضرر بترك النكاح فالفسخ لذلك جائز، لأنه إذا جاز للعنة فجوازه للغيبة الطويلة أولى، ولأنه قد علم من نصوص الكتاب والسنة تحريم الامساك ضرارا[٣].

والنهي للازواج عن الضرار في غير موضع فوجب دفع الضرر عن الزوجة بكل ممكن[٤].

ويلاحظ أنّ هذا الاتجاه للزيدية لم يحدد المدة وانما ترك الأمر لتقدير القاضي حسب ظروف الزوجة وفي ضوء ملابسات الغياب.

الشافعي في قوله القديم:

ذهب الشافعي في قوله القديم الى القول بالتفريق والفسخ لزوجة المفقود فقط بعد التربص أربع سنوات، لما روى عمرو بن دينار من أن إمرأة رجل مفقود أتت الى عمر بن الخطاب، فأمرها أن تمكث أربع سنوات ثم أمرها أن تعتد ثم تتزوج[٥]. ويفهم من هذا السند للشافعي أن التربص يكون من تاريخ رفع الأمر الى القضاء. وقد استند الشافعي الى القياس أيضاً فقال: إذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالتعنين وتعذر النفقة بالإعسار، فلان يجوز ههنا وقد تعذر الجميع أولى[٦].

---

[١] المرجع السابق.
[٢] المغني لابن قدامة ٧/٤٨٨.
[٣] كما في قوله تعالى (وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا) سورة البقرة: ٢٣١.
[٤] أنظر الروضة الندية ٢/٥٦.
[٥] المهذب ٢/١٤٦.
[٦] المهذب المرجع السابق.

سعيد بن المسيب:

قال سعيد بن المسيب إذا فقد في الصف[1] تؤجل زوجته سنة ثم يفرق بينهما، وفي غير هذا الظرف اي في حالة تغلب فيها السلامة تؤجل أربع سنوات ثم يفرّق بينهما.[2]

الإستنتاج:

نستنتج من هذا العرض أن منشأ خلاف الفقهاء في التفريق بالغيبة هو تعارض بعض الآثار مع ظاهر نصوص القرآن الكريم كتعارض ما روي من أن الرسول ﷺ قال في إمرأة المفقود: ((إنها إمرأته حتى يأتيها البيان)) مع ظاهر قوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾.[3]

ومن جهة أخرى تعارض أقضية الصحابة كالخلاف بين قضاء عمر ﷺ بتأجيل أربع سنوات ثم التفريق والعدة والزواج وبين قضاء علي بن ابي طالب ﷺ بخلاف ذلك.

وكذلك تعارض القياس على العنة وعدم الانفاق والايلاء مع الاستصحاب (الثابت باليقين لا يزول الا باليقين).

ثم تعارض وجهة نظر الفقهاء أنفسهم في النظر الى الضرر المعنوي (حرمان الزوجة من التمتع بلذة المعاشرة)، فمنهم من أعار له الاهمية ولم يفرّق بين هذا الضرر المعنوي والضرر المادي (الحرمان من النفقة)، ومنهم من لم يأخذ الا بالضرر المادي فقط ولكل وجهة هو موليها والله أعلم بالصواب.

الترجيح:

الأفقه هو ما ذهب اليه الأمّام سعيد بن المسيب (رحمه الله) في أن الزوج إذا فقد في ظرف يغلب فيه الموت، فالقاضي يحكم بالتفريق بعد سنة من الفقدان لا من رفع الدعوى، حتى لا تتضرر الزوجة أن رغبت في التفريق بتقديم طلب منها أو من ينوب عنها، والا فان كان الفقدان في ظرف اعتيادي يكون التفريق بعد تأجيل أربع سنوات من تاريخ الفقدان

---

[1] أي صف الحرب.

[2] المغني لابن قدامة ٧/٤٩٠، المحلى لابن حزم ١٠/١٤٠.

[3] ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا﴾ (الطلاق:٢).

أيضاً، والاسير أن عُرف مصيره تؤجّل زوجتـه أربـع سـنوات أن لم تخش عليهـا الفتنـة، والا فللقاضي أن يتصرف في ضوء ظروف الزوجة.

والغياب بحبس لمدة تزيد على أربع سنوات أن طلبت زوجته التفريق تؤجل سنة من تاريخ تنفيذ الحكم.

والغائب المفقود المعروف مصيره ومكانه ويتطلب عـذره غيـاب مـدة تزيـد علـى أربـع سـنوات، يعطى لزوجته حكم زوجة المحبوس والغائب المعروف مكاناً ومصـيراً، ولم يكـن لـه عذر، لزوجته حق التفريق بعد الانذار ومضي سنة على غيابه، أخذا بمـا ذهـب اليـه بعـض المالكية وذلك بغَضّ النظر عن المدة التي يستغرقها غيابه.

والحاضر الذي هجر زوجته دون مبرر وتضررت الزوجة من جـراء ذلـك، يعامـل معاملـة المؤلي، فللقاضي التفريق بينهما بعد الانذار والمهلة التي يقررها القاضـي حسـب اجتهـاده، على أن تبدأ بعد مضي اربعة أشهر(مدة الايلاء) وفقا لما قاله المالكية من أن أحكام المؤلي تسري على من يهجر زوجته عمداً وان لم يقترن ذلك باليمين.

وذلك اخذا بعموم النصوص الآمرة برفع الحرج، وازالة الضرر، ومقاومة الظلم، ورفع الغبن، وعدم التفريق بين الضرر المادي والضرر المعنوي للمتضرر.

ولأنّ القرآن الكريم حدد الحد الأدنى لمطالبة الزوجة بحق المعاشرة، إذا حرمت منها باربعـة اشهر في قوله تعالى ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُـورٌ رَحِيمٌ * وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[1].

ولان عمر بن الخطاب رضي الله عنه في عهد خلافته سأل نساء (ويقال أنه سأل بنته حفصة) كم تصبر المرأة على الزوج؟ فقلن شهرين، وفي الثالث يقلّ الصبر، وفي الرابع ينفذ الصبر. فكتب الى أمراء الاجناد: أن لا تحبسوا رجلا عن امرأته اكثر من أربعة أشهر.

وقد قضى بذلك بعد أن كان يطوف ليلة في المدينة المنورة فسمع إمرأة تقول:

تطاول هذا الليل وازوّر جانبه[2]	وليس الى جنبي خليـــل الاعبه[3]
فوالله لو لا الله لا شيء غيره[4]	لزعزع[1] من هذا السرير جوانبه

---

[1] سورة البقرة: ٢٢٦،٢٢٧.

[2] اي أنحرف وعدل. وفي رواية: واسود جانبه.

[3] وفي رواية: وطال عليّ أن لا خليل الاعبه.

[4] وفي رواية: فوالله لو لا خشية الله وحده.

مخـــافةُ ربي والحيــــــاءُ يكفّني   وأكـــرم بعلي أن تُنال مراكبه[٢]

ثالثا . التفريق لمعصية يرتكبها احد الزوجين:

لهذه المعصية نماذج كثيرة في الفقه الاسلامي منها: الايلاء: واللعان[٣] وردّة أحد الزوجين، وإباء أحدهما الدخول في الاسلام بعد إعتناقه من قبل الآخر...

وقد سبق بيان احكام الايلاء مفصلا فلا موجب للاعادة. ولنا بالنسبة الى البقية الايضاح الآتي:

أـ اللعان[٤]:

قد يتهم الزوج زوجته بالخيانة الزوجية بصورة مباشرة، أو بطريقة غير مباشرة بان ينفي نسب حملها أو ولدها فيقول: هذا الحمل أو ذاك الولد ليس مني. وهذا الاتهام قذف، فالمفروض أن تسري عليه أحكامه الواردة في قوله : ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾[٥].

غير أن الحكمة الآلهية شاءت أن تكون العقوبة بطريقة أخرى حيث تسرّبت الشكوك الى كيان العائلة، فاستمرار الحياة الزوجية يؤدي الى نتائج سلبية تنعكس أثارها على الأولاد وبالتالي على المجتمع.

وتاسيسا على هذه الحقيقة وغيرها قال سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ * وَالْخَامِسَةُ أَن

---

[١] زعزعه: حركه شديدا.

[٢] أنظر المغني لابن قدامة ٣٠١/٧.

[٣] الايلاء وموجب اللعان من اعمال المعصية أمّا الايلاء فواضح لما فيه من ظلم الزوجة دون مبرر. وأمّا اللعان فلان احد الزوجين متلبس بالجريمة: جريمة الكذب أو جريمة الزنا كما نص على ذلك الرسول صلى الله عليه وسلم وقال للمتلاعنين: (وحسابكما على الله احدكما كاذب لا سبيل لك عليها). نيل الأوطار ٣٠٤/٦.

[٤] اللعان: مصدر لاعن يلاعن ملاعنة ماخوذ من اللعن وهو الطرد والابعاد. ووجه المناسبة بين المعنى اللغوي والشرعي هو بعد الزوجين من الرحمة أو بعد كل منهما من الاخر بحيث لا يجتمعان ابدا. عمدة القارئ شرح صحيح البخاري ٢٨٩/٢٠.

[٥] سورة النور: ٤.

لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ ان كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ* وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ ان تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ انهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ* وَالْخَامِسَةَ ان غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا ان كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾[1].

وبمقتضى هذه الأيات الكريمة التي بيّنت كيفية اللعان يجب أن تتم الاجراءات التالية:

١ـ أن يكون اللعان أمّام الحاكم أو نائبه لان الأيمان والشهادات لا تكون من حيث الحجية الا أمّام القضاء.

٢ـ أن يامر الحاكم أو نائبه كلاً من المتلاعنين بأن يأتي بألفاظ اللعـان الـواردة في هـذه الأيات فيقول الزوج أربع مرات: أشهد بالله أنه لمن الصادقين فيما إتهم به زوجته. ثـم يقول للمرة الخامسة: لعنة الله عليه أن كان من الكاذبين.

وتقول الزوجة أربع مرات: أشهد بالله أنه من الكاذبين فيما رماني به. وفي المرة الخامسة تقول: عليها غضب الله أن كان من الصادقين.

٣ـ أن يتقدم لعان الزوج على لعان الزوجة اتباعا لنظم الكتاب الكريم واقتداء بفعل الرسول العظيم ﷺ، ولان لعانها أنما يكون لدرء العذاب عنها وهو لا يتوجه اليها الا بعد لعان الزوج.

٤ـ موالاة كلمات اللعان.

٥ـ تعيين كل من المتلاعنين لصاحبه بالاشارة أو المواجهة أو العنوان الكامل.

آثار اللعان:

لا خلاف[2] بين فقهاء المسلمين في أنه يترتب على اللعان بعد تمامه من الزوجين الآثار الآتية :

١ـ تحريم الزوجة على الزوج مدى الحياة.

٢ـ سقوط عقوبة القذف على الزوج، وعقوبة الزنا على الزوجة، حيث لم تثبت التهمة بالبيّنة.

٣ـ أنتفاء نسب الولد أو الحمل من الأب بحكم القاضي.

٤ ـ الفرقة بين الزوجين بعد حكم القاضي.

---

[1] سورة النور: ٦،٧،٨، ٩.

[2] أي خلافا يعتد به والا فقد ذهب عثمان البتي الى أنه لا تقع الفرقة باللعان ولا بالقاضي وانما يوقعها الزوج. وقال ابو عبيد الفرقة تقع بنفس القذف وان لم يكن هناك لعان. أنظر عمدة القاري، شرح صحيح البخاري ٢٠/٢٩٥.

وانما الخلاف في أن هذين الأثرين الأخيرين هل يترتبان على اللعان وان لم يتصل به حكم القاضي أولا؟ كما في التفصيل الآتي:

أ ـ قال الحنفية[1]: ـ عدا زفر ـ، والزيدية[2]، والحنابلة في احدى الروايتين للأمام أحمد[3]: أن اللعان متى وجب وتم بين الزوجين بصورة صحيحة ولم يطرأ عليه ما يبطله، لا يترتب عليه الفرقة تلقائيا ولا قطع النسب الا بعد أن يتصل به قضاء القاضي. فقبل هذا الحكم، الزوجية قائمة، والنسب باق. وبناء على ذلك اذا تأخر حكم القاضي أو تعذر لسقوط اللعان صح طلاق الزوج لهذه الزوجة، وظهاره، وايلاؤه، ويتوارثان واستدلوا على ذلك بالحديث الشريف، وبالقياس، وبالاستصحاب.

الحديث: هناك روايات كثيرة تدل على أن الرسول ﷺ تولى بنفسه الحكم بالتفريق بين المتلاعنين بعد لعانهما، ومنها:

ما روي عن نافع عن أبي عمر (رضي الله عنهما) من أن النبي ﷺ لاعن بين رجل وامرأته فأنتفى من ولدها ففرق بينهما وألحق الولد بالمرأة[4]. وما روي عن إبن عمر ﷺ من أنه قال: لاعن النبي ﷺ بين رجل وامرأة من الانصار ففرق بينهما[5].

وما روى عن عبيد الله عن نافع أن ابن عمر أخبر أن رسول اللهﷺ فرّق بين رجل وامرأته قذفها وأحلفهما[6].

وما روي من أن عويمر العجلاني قال بعد اللعان: كذبت عليها يا رسول الله أن امسكتها فطلقها ثلاثة قبل أن يأمره رسول الله ﷺ[7].

وجه الاستدلال:

ان الروايات الثلاث الأولى تدل صراحة على أن الرسول ﷺ قضى بنفسه بالتفريق بين المتلاعنين بعد لعانهما، وذلك يكفي لاثبات أن الفرقة تقع بعد قضاء القاضي.

---

(1) بداية المبتدى وشرحه الهداية مع فتح القدير ٢٨٥/٤ ـ ٢٨٦.
(2) التاج المذهب ٢٦٣/٢ ـ ٢٦٤.
(3) المغني لابن قدامة ٤١٠/٧.
(4) عمدة القارئ شرح صحيح البخاري للعيني٢٠ /٣٠١ نيل الأوطار ٢٩٩/٦ .
(5) عمدة القارئ المرجع السابق ٢٩٥/٢٠، فتح الباري شرح صحيح البخاري ٤٥٨/٩.
(6) عمدة القارئ المرجع السابق.
(7) نيل الأوطار ٣٠٠/٦.

ويفهم من طلاق عويمر بعد اللعان وسكوت الرسول ﷺ: أن الفرقة لم تقع بمجرد لعانهما والا فلا يبقى مبرر للطلاق.

القياس: قالوا: اللعان أمّا شهادة مؤكدة باليمين، وإما يمين، وكلٌ منهما لا أثر له في زوال الحق ما لم يتصل بالقضاء قياسا على الشهادات والأيمان في القضايا الأخرى التي لا يترتب عليها الآثار الا بعد حكم القاضي.

الاستصحاب: قالوا: أن حكم الزواج ثابت بسبب شرعي (عقد الزواج) يقينا ولا يزول الا بسبب شرعي (الطلاق) واذا وجبت ازالته وامتنع الزوج،أو عجز قام القاضي مقامه.

ب ـ وذهب المالكية[1]: والجعفرية[2]والظاهرية[3]، وزفر من الحنفية[4]، ورواية للحنابلة[5]: الى أن الفرقة تتم بتمام لعان الزوجين. واستدلوا على ذلك بالحديث وبالقياس.

الحديث: كما توجد روايات في الأحاديث الشريفة تؤيّد أن الفرقة لا تقع الا بعد حكم القاضي كذلك رويت أحاديث أخرى يؤخذ منها حصول الفرقة بلعان الزوجين وان لم يقترن بحكم القاضي ومنها: قول الرسول ﷺ ((المتلاعنان لا يجتمعان))[6]. وجه الاستدلال به هو أن القول ببقاء الزواج بعد تمام لعانهما يصطدم مع هذا النص.

وقول الرسول ﷺ للزوج الملاعن ـ بعد لعانه ـ: ((لا سبيل لك عليها)) قالوا: لفظ (سبيل) نكرة في سياق النفي يفيد العموم . وقول علي ﷺ وابن مسعود (مضت

---

[1] في شرح الخرشي (١٣٤/٤): (ان ثمرة اللعان ستة اشياء، ثلاثة مترتبة على لعان الزوج: رفع الحد عنه: وايجاب الحد على الزوجة. وقطع نسبه من حمل أو ولد منفي. وثلاثة مترتبة على لعان الزوجة: رفع الحد عنها. وفسخ نكاحها اللازم. وتابيد حرمتها).

[2] في ايضاح الفوائد (٤٥١/٣): (يتعلق بلعانهما معا أحكام اربعة: الفراق فلا تصير وارثا. التحريم المؤبد فلا تحل له ابدا. سقوط الحدين. أنتفاء الولد عن الرجل دون المرأة. ولا تفتقر الفرقة على تفريق الحاكم بينهما بل تحصل بنفس اللعان. وفرقة اللعان فسخ لا طلاق).

[3] في المحلى (١٤٣/١٠): (فان التعنت برئت من الحد وانفسخ نكاحها منه وحرمت عليه ابد الأبدين، ولا تحل له اصلا، وبتمام اللعان تقع الفرقة).

[4] في الهداية مع فتح القدير (٢٨٦/٤): وقال زفر تقع الفرقة بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بحديث (المتلاعنان لايجتمعان ابدا).

[5] في المغني ٤١٠/٧ والرواية الثانية تحصل الفرقة بمجرد لعانهما وهو قول مالك ودأود وزفر.

[6] نيل الأوطار ٣٠١/٦.

السنة في المتلاعنين أن لا يجتمعا ابدا)[1].

فهذا يدل على أن لعان الزوجين يترتب عليه التحريم المؤبد وهو يستلزم وجود الفرقة بعد اللعان مباشرة.

وقال الباجي[2]: حديث عويمر حجة على أن الفرقة تقع بعد اللعان وان لم يقترن بالقضاء بدليل أنه ورد فيه (قبل أن يامره رسول الله به) اذ هذا الكلام يدل على أن الفرقة تقع من غير حكم الحاكم.

القياس: قالوا: أن هذه الفرقة كالفرقة بالتحريم بالرضاع والمصاهرة في أنها تقتضي التحريم المؤبد فكما أن حكم المقيس عليه لا يحتاج الى القضاء فكذلك حكم المقيس[3].

ج ـ وقال الشافعية: أن الفرقة تقع بتمام لعان الزوج وان لم تلتعن الزوجة[4] ولم يحكم بها القاضي[5].

ولا اجد ـ حسب ما اعلم ـ احداً من فقهاء المسلمين يتفق مع الشافعية في قولهم بالفرقة بمجرد لعان الزوج.

وقد اشتبه الامر على الاستاذ الشيخ فرج السنهوري (رحمه الله) حيث قال: (وقيل تقع الفرقة ايضا بتمام لعان الزوج وان لم تلتعن المرأة وهو ظاهر قول مالك في الموطأ وقول اصبغ)[6].

---

(1) المرجع السابق ٣٠٤/٦.

(2) المنتقى شرح الموطأ للباجي ٧٣/٤.

(3) المنتقى شرح الموطأ ٧٣/٤.

(4) في قليوبي وعميرة (٣٧/٤): (ويتعلق بلعانه فرقة ولو كان كاذبا أو لم تلاعن هي أو لم يحكم الحاكم به).

(5) في شرح التحرير مع الشرقاوي (٣٠٨/٢ ـ ٣٠٩): (ويحصل بلعانه ستة احكام: أنتفاء نسب نفاه به. ودرء الحد عنه لها وتحريم المرأة مؤبدا. وايجاب الحد عليها. وانفساخ النكاح ظاهرا وباطنا كالرضاع. وسقوط حضانتها في حقه) وعلق الشرقاوي على تعبير (بلعانه قائلا): (أي بعد فراغه منه من غير توقف على لعانها ولا قضاء القاضي).

(6) استاذنا الشيخ فرج السنهوري، محاضرات في موضوع (النسب) القاها على طلبة الدارسات العليا ـ كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة ١٩٧٢ ص٦٢ وكنت احد تلاميذه أثئذ جزاه الله عنا خير الجزاء.

وهذا مخالف تمامًا لما جاء في الموطأ وشرحه المنتقى ما نصه: (ولا تقع الفرقة بالتعان الزوج حتى تكمل المرأة الإلتعان خلافاً للشافعي في قوله تقع الفرقة بالتعان الزوج وروى اصبغ عن ابن القاسم في العتبية أن الفرقة تقع بلعان الزوج ولكن لا تتم الا بلعانها. وهذا الخلاف في المذهب أنما هو خلاف في عبارة لان الفرقة لا تتبعض، ولا خلاف عند اصحابنا أنها لو لم تلاعن لم تثبت بينهما فرقة وكذلك لو اكذب نفسه قبل تمام التعانهما وقد نص عليه مالك)[1].

ويتضح لنا من هذا الكلام:

١ـ أن احدا من المالكية لم يتفق مع الشافعي لان من قال تقع الفرقة بلعان الزوج قال لا تتم الا بلعانها.

٢ـ أن من قال تقع بلعان الزوج اذا تم لعان الزوجة بعده لا يختلف في المعنى مع من قال لا تقع الا بلعانهما لان الخلاف لفظي كما قال الباجي: (انما هو خلاف في عبارة).

٣ـ لم يقل احد من المالكية اذا لم تتلاعن الزوجة تقع الفرقة خلافا لما اجمع عليه الشافعية من أن لعان الزوج تترتب عليه الفرقة وان لم تتلاعن الزوجة أو لم يحكم القاضي بها.

٤ـ قول الباجي (وقد نص عليه مالك) يعني أنه نص على أن من أكذب نفسه قبل تمام لعان زوجته لا تقع الفرقة.

الترجيح:

أرى أنّ الأفقه هو ما ذهب اليه الحنفية ومن حذا حذوهم لسببين:

الأول ـ ثبوت قضاء الرسولﷺ بالفرقة بعد لعان المتلاعنين وذلك في روايات كثيرة كما ذكرنا.

الثاني ـ اجماع فقهاء المسلمين على أن اللعان يجب أن يكون أمام القاضي أو من ينوب عنهومن البديهي أن كل اجراء قضائي يجب أن ينتهي بحكم القاضي.

---

[1] أنظر المنتقى شرح الموطأ ٧٣/٤.

ب ـ ردة أحد الزوجين:

المرتد هو الذي يكفر بعد الاسلام سواء كان الكفر قد سبق اسلامه أو لا، وسواء كان الارتداد بالفعل كالسجود والعبادة لمخلوق من الجماد أو النبات أو الحيوان أو الانسان وكالقاء القرآن في القاذورات، وكل فعل آخر يدل صراحة على الاستهزاء بالدين الاسلامي ام كان بالقول كاللفظ الدال صراحة على أنكار ما علم ثبوته من الاسلام ثبوتا بدهياً أو على تحريم ما حلّله الاسلام أو تحليل ما حرّمه

وسواء أكان كل ذلك عنادا ام اعتقادا ام استهزاءً...

ويشترط في المرتد البلوغ، والعقل، والاختيار، والقصد. وللمرتد أحكام كثيرة، والذي يهمنا هنا حكم زواجه اذا كان متزوجا.

لا خلاف بين فقهاء المسلمين ـ باستثناء الظاهرية ـ في أن ارتداد احد الزوجين قبل الدخول تترتب عليه الفرقة مباشرة[1].

لا خلاف في أنّ ارتداد احدهما سيؤدي حتما الى الفرقة بعد أنقضاء العدة اذا لم يتراجع خلالها في حالة كون الارتداد بعد الدخول.

وانما الخلاف في أن الفرقة هل تحصل بعد الارتداد دون أنتظار أنقضاء العدة اذا كان بعد الدخول أولا؟ حسب التفصيل الآتي:

١ ـ ذهب الحنفية[2] والمالكية[3]، والحنابلة في احد القولين[1] ، والزيدية: الى أن ارتداد

---

(1) في ايضاح الفوائد شرح القواعد (١٠٤/٣): (اتفق علماء الاسلام الا داود الظاهري على أنه اذا ارتد احد الزوجين قبل الدخول أنفسخ النكاح).

(2) في الاختيار لتعليل المختار (١٦٢/٣ـ ١٦٣) (إذا ارتد احد الزوجين وقعت الفرقة بغير طلاق. وقال محمد: أن كان المرتد هو الزوج فالفرقة طلاق. فان كان الارتداد بعد الدخول فلها مهر المثل وقبله لا شيء لها ولا نفقة. وان كان المرتد الزوج فالكل بعد الدخول ونصف قبله.

(3) في الشرح الصغير مع الصاوي (٢٨٨/٢): (فان ارتد المحصن بطل احصانه فاذا اسلم وزنى لا يرجم). وفيه ايضا (فاذا حللها شخص ثم ارتدت ثم رجع للاسلام لا تحل لمبتها حتى تنكح زوجا لانها ابطلت النكاح الذي احلها). وفي شرح الحطاب (٤٧٩/٣): (ان ردة احد الزوجين طلقة بائنة).

في المغني (٦٣٩/٦): (واذا ارتد الزوجان معا فحكمهما حكم ما لو ارتد احدهما أن كان قبل الدخول تعجلت الفرقة، وان كانت بعده فهل تتعجل أو يقف على أنقضاء العدة؟ اختلفت الرواية عن احمد فيما ارتد احد الزوجين بعد الدخول ففي احدهما تتعجل الفرقة وهو قول ابي حنيفة ومالك).

احد الزوجين تترتب عليه الفرقة سواء كانت الردة قبـل الـدخول أو بعـده لكـن قـال الحنفية أن ارتدا معا ثم اسلما معا فهما على نكاحهما لان بني حنيفة ارتدوا في زمن ابي بكر ثم اسلموا فـاقرهم علـى أنكحـتهم ولم يـأمرهم بتجديـد الأنكحـة بمحضـر الصحابة ﷺ من غير نكير من احدهم فكان اجماعا[٢].

ويناقش هذا الرأي بما قاله ابن حزم ﷺ من أن اهل الردة كانوا قسمين: قسم لم يـؤمن قط كأصحاب مسـيلمه وسجاح فهؤلاء حربيون لم يسلموا قط لا يختلف احـد في أنهـم تقبل توبتهم واسلامهم. والقسم الثاني: قوم اسلموا ولم يكفـروا بعـد إسـلامهم لكـن منعوا الزكاة من أن يدفعوها الى ابي بكـر ﷺ فعلـى هـذا قوتلـوا[٣] اذن لا حجـة للحنفية في هذه الواقعة.

٢ ـ وقال الشافعية[٤] والجعفرية[٥]، والحنابلة في احدى روايتي الأمَـام احمـد[٦]: الارتـداد من احد الزوجين أو كليهما قبل الدخول تترتب عليه الفرقة حالا. أمّا بعد الدخول فلا تعتبر رابطة الزوجية منتهية ما لم تنقض العدة والمرتد على ارتداده وبناء علـى ذلـك اذا رجع الى الاسلام قبل أنتهاء العدة تكون الزوجية قائمة ومسـتمرة دون حاجـة الى تجديد الزواج. غير أن فقهاء الجعفرية ذهبوا الى تفصيـل لم اره لدى أي مـذهب آخر مـن المذاهب الاسلامية وهو التفريق بين مرتد كان مسلما بالفطرة بـأن كـان مـن ابـوين

---

(١) في التاج المذهب (٨/٢) (فاذا كان الاختلاف بان ارتد احدهما فانه ينفسخ النكاح وتبين الزوجة في الحال وسواء كانت مدخولا بها ام غير مدخولة. قال الأمَام (ﷺ): وهو الذي قصدنا بقولنا ويرتفع النكاح بتجرد اختلاف الملتين أي بطرد اختلاف ملتي الزوجين).

(٢) الاختيار لتعليل المختار ١٦٣/٣.

(٣) المحلى ١٩٣/١١.

(٤) في المهذب (٥٤/٢): (اذا ارتد الزوجان أو احدهما: فان كان قبل الدخول وقعت الفرقة. وان كان بعد الدخول وقعت الفرقة بعد أنقضاء العدة فان اجتمعا على الاسلام قبل الانقضـاء فهما على النكاح.

(٥) في شرائع الاسلام (١٠٦/٣): (ولو اسلم ثم ارتد فانقضت العدة مـن حـين اسـلامه علـى كفرهـا تبين الفسخ من حين الاسلام وان اسلمت في العدة تبين عدم الفسخ بالاسلام وتضرب لها العدة من حين الارتداد فان عاد اليها فهو احق بها والا بانت من حين ردته).

(٦) في المغني (٦٣٩/٦): (قال احمد في رواية منصور اذا ارتدا معا أو احدهما ثم تابا أو تاب فهو احق بها ما لم تنقض العدة) ويلاحظ أن هذا اذا كانت الردة بعد الدخول.

مسلمين تولد مسلما ونشأ مسلما. ثم ارتد وهو بالغ عاقل مختار، وبين مرتد أسلم بعد أن لم يكن مسلما حيث استخدم فقهاء الجعفرية الشدة ضد مرتد كان مسلما بالفطرة قالوا: أن ارتد: أنفسخ النكاح في الحال ولو كان بعد الدخول، لأنه لا يقبل عودته الى الاسلام وان التفريق بين حالتي الدخول وعدم الدخول أنما يكون بالنسبة لمرتد كان متحولا من غير الاسلام الى الاسلام[1].

ومنشأ خلاف الفقهاء فيما يترتب على ارتداد أحد الزوجين. أو كليهما هو الإختلاف في تفسير قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَآتُوهُمْ مَا أَنفَقُوا وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ الآية...﴾[2]

ج ـ إباء أحد الزوجين الاسلام بعد اعتناقه من الآخر:

يترتب على اسلام أحد الزوجين أو كليهما أحكام تتعلق بعلاقتهما الزوجية، منها متفق عليها ومنها مختلف فيها:

الأحكام المتفق عليها:

١ـ لا خلاف في أن الزوجين غير المسلمين اذا أسلما معا بقيا على زواجهما السابق، إن لم يكن هناك مانع من موانع الزواج كالنسب والرضاع، وان تم عقد زواجهما في حينه بدون ولي ولا شهود، بدليل أنه أسلم أناس كثيرون في عهد الرسالة فأقرهم الرسول ﷺ على أنكحتهم ولم يسألهم عن مثل هذه الشروط.

---

[1] في شرائع الاسلام (٢/ ٢٥٩): (المرتد الذي يكفر بعد الاسلام له قسمان: الأول ـ من ولد على الاسلام وهذا لا يقبل اسلامه لو رجع ويتحتم قتله وتبين منه زوجته▯ القسم الثاني من اسلم عن كفر ثم ارتد فهذا يستتاب فان امتنع قتل واستتابته واجبة. وينفسخ العقد بينه وبين زوجته ويقف نكاحها على أنقضاء العدة وهي كعدة المطلقة).

[2] (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَآتُوهُمْ مَا أَنفَقُوا وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ وَاسْأَلُوا مَا أَنفَقْتُمْ وَلْيَسْأَلُوا مَا أَنفَقُوا ذَلِكُمْ حُكْمُ اللَّهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ) (الممتحنة:١٠). للاطلاع على اختلاف الفقهاء في تفسير هذه الاية راجع تفسير القرطبي (الجامع لاحكام القرآن لابي عبدالله محمد بن احمد الانصاري القرطبي ١٨/٦٠ـ ٦٨).

٢ـ لا خلاف بين الفقهاء ـ باستثناء الزيدية[1] ـ في أنهما اذا كانا كتابيين كالمسيحيين واليهود، يعتبر زواجهما مستمرا أن اسلم الزوج واحتفظت الزوجة بالبقاء على دينها، لان للمسلم أن يتزوج الكتابية، فما جاز ابتداءً يجوز بقاء أيضا.

٣ـ لا خلاف في أنه اذا اسلمت الزوجة وحدها وامتنع الزوج عن الاسلام بعد عرضه عليه، يفرق بينهما لقوله تعالى: ﴿إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ... الآية﴾.

٤ـ لا خلاف في أنه اذا اسلما معاً وكان بينهما مانع من موانع الزواج في ميزان الشريعة الاسلامية يفرّق بينهما.

وانما الخلاف فيما عدا ذلك على التفصيل الآتي:

قال الشافعية[2]، والجعفرية[3]، والحنابلة الا في رواية للإمّام أحمد[4]: الزوجان إمّا أن يكونا كتابيين أو لا، ولكل حكمه الخاص.

١ـ اذا كانا كتابيين أو كانت الزوجة كتابية:

أ ـ إن أسلم الزوج دون الزوجة يبقى الزواج مستمرا، سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده، ما لم يكن هناك مانع من موانع الزواج بينهما.

ب ـ وان اسلمت الزوجة فقط، تقع الفرقة حالا في حالة عدم الدخول وتقع بعد أنقضاء العدة إذا كان الاسلام بعد الدخول، وان اسلم الزوج خلال مدة العدة بقي الزواج مستمرا، ما لم يكن هناك مانع شرعي من موانعه.

٢ـ واذا كانا غير كتابيين وأسلم أحدهما قبل الآخر:

أ ـ أن كان الاسلام قبل الدخول تقع الفرقة حالا.

ب ـ وان كان بعد الدخول فلا فرقة ما لم تمض مدة تسأوي مدة العدة مع اصرار الطرف غير المسلم على امتناعه عن الدخول في الاسلام. وانما قالوا بالفرقة قبل

---

[1] يرى بعض فقهاء الزيدية أن الزواج ينفسخ بمجرد اسلام أحد الزوجين سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده لقول الرسول ﷺ(لا نكاح بين اهل ملتين). أنظر البحر الزخار ٧٢/٢.

[2] المهذب ٥٢/٢.

[3] أنظر ايضاح الفوائد ١٠٥/٣، شرائع الاسلام ١٩/٢.

[4] في المغني (٦١٤/٦) (اذا أسلم أحد الزوجين غير الكتابين أو كتابي وغير كتابية قبل الدخول حصلت الفرقة بينهما حالا ويكون ذلك فسخا لا طلاقا وللإمام احمد رواية وقف التفريق على أنقضاء العدة (أي كما هو الحال اذا اسلم احدهما بعد الدخول).

الدخول حالا في جميع الصور، لأنّ الزواج قبل الدخول غير متأكد بخلاف ما بعده.
وفرّق الحنفية بين دار الاسلام ودار الحرب:

أ ـ إذا كان اسلام احد الزوجين في دار الاسلام:

١ـ فان أسلمت الزوجة عرض على الزوج الاسلام فان أسلم فهي زوجته، وان أبى يفرّق القاضي بينهما، فالتفريق مبني على الاباء الذي هو معصيته دون الاسلام الذي هو عبادة وطاعة. والتفريق طلاق عند ابي حنيفة ومحمد لانه مبني على إباء الزوج، وفسخ عند أبي يوسف لأنه مبنيّ على سبب مشترك.

٢ـ وان أسلم الزوج والزوجة غير كتابية: فان أسلمت بعد عرض الاسلام عليها فالزواج باق، والا فرّق القاضي بينهما.

ب ـ وان كان الاسلام في دار الحرب:

١ـ فان كانا كتابيين أو الزوجة كتابية وأسلم الزوج يبقى الزواج مستمرا ما لم يكن هنالك مانع.

٢ـ وان لم تكن الزوجة كتابية فأسلم أحدهما، أو كانت كتابية فأسلمت هي دونه، ففي الصورتين تتوقف البينونة بينهما على مضيّ العدّة وعدم إسلام الآخر خلالها، لانه لابد للفرقة بينهما من عرض الاسلام على الطرف غير المسلم، ولا قدرة على العرض في دار الحرب، فتحل العدة محله سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده[1].

وجدير بالذكر أن تقسيم العالم إلى دار الإسلام ودار الحرب لم يبق له الوجود، ولذلك يُعد هذا التقسيم عبثا من الناحية العملية.

للمالكية: ولفقهاء المالكية تفصيل آخر كما يلي:

أ ـ إذا أسلم الزوج والزوجة غير كتابية:

١ـ **أن كان قبل الدخول:** فعن مالك تتوقف الفرقة على معرفة موقف الزوجة، فان اسلمت والاّ فُرّق بينهما. وهذا يتفق مع رأي الحنفية. وقال أشهب وأصبغ من فقهاء مالك تنقطع العصمة بينهما حالا. وهذا يتفق مع الشافعية والحنابلة والزيدية.

وجه قول مالك: أن اسلام الزوج أنما يمنع استدامة النكاح ولا يتضمن ايقاع

---

[1] الاختيار لتعليل المختار ٣/١٦٠. شرح فتح القدير ٣/ ٤١٨ ـ ٤٢٢.

الفرقة والذي يقتضيها هو اباء الطرف الآخر. ووجه قول اشهب واصبغ: المانع من استدامة نكاحهما هو اسلام أحد الزوجين دون الآخر، فاذا وجد قبل البناء فانه يقطع العصمة كما لو أسلمت الزوجة أولاً.

٢ـ وإن كان اسلامه بعد الدخول فقال مالك يُعرض عليها الاسلام فان اسلمت والا فسخ نكاحها، وهذا أيضا يتفق مع رأي الحنفية وعن ابن القاسم يُعرض عليها الاسلام وتعطى لها مهلة من يوم الى ثلاثة أيام.

وقال أشهب يعرض عليها الاسلام ففي حالة العرض لا مهلة لها، فان أسلمت، والاّ فلا سبيل له اليها. وهذا مبني على أنّ اسلام الزوج لا تقع معه الفرقة وانما الفرقة بالحكم بعد العرض أو بالاغفال، ففي حالة عدم العرض (الاغفال) لها مهلة لمدة شهر عند ابن القاسم ثم يُفرق بينهما. وعند أشهب الفرقة تكون بامتناعها وانقضاء العدة.

وبذلك فرقوا بين حالة عرض الاسلام على الزوجة وبين حالة الاغفال وعدم العرض وترك الامر لارادتها واختيارها أن شاءت اسلمت وان شاءت أصرت على دينها.

ب ـ إذا أسلمت الزوجة قبل الزوج:

١ـ اذا كان الاسلام قبل الدخول ولم يتبع اسلامها اسلام الزوج وقعت الفرقة بينهما حالا.

٢ـ وإن كان الاسلام بعد الدخول فان أسلم الزوج في عدّتها أو أسلما معا، قرر بقاء زواجهما وإن أسلم بعد العدة فُرّق بينهما بالاجماع[1].

الزيدية:

فرّقوا بين احكام الذميين والحربيين كما يلي:

أ ـ اذا كانا حربيين فأسلم أحدهما:

١ـ قبل الدخول تبين بمجرد إسلامها أو إسلامه.

٢ـ بعد الدخول تبين باختلاف الدين مع مضي العدة .

ب ـ واذا كانا ذميين وأسلم أحدهما: تقع الفرقة بأحد الامرين الآتيين:

١ـ بمضي مدة تعادل مدة العدة سواء كانت مدخولة ام غير مدخولة، أن لم يسلم الاخر خلال هذه المدة.

---

[1] ينظر المنتقى شرح الموطا ٣/٣٤٦. الشرح الصغير مع الصاوي ١/٣٧٧ ـ ٣٧٨.

٢ـ أو يعرض الاسلام على الذي لم يسلم، فان امتنع تقع البينونة بامتناعه ولو لم تمض العدة[1].

ولرى أنّ الأفقه هو ما ذهب اليه الحنفية لما يلي:

١ـ التفريق بين حكم المدخول بها وغير المدخولة رأي اجتهادي محض لا يؤيّده نص ولا قياس.

٢ـ الفرقة بمثابة العقوبة على المعصية، فهي لا تترتب على إسلام أحد الزوجين، وإنما على إباء الآخر بعد تأكده بالعرض. اذا عرض الاسلام على الزوج الاخر عنصر يجب أن يتوفر أن امكن ذلك.

٣ـ اعتبار مضي مدة العدة ـ في حالة تعذر العرض ـ قرينة قائمة مقام العرض المطلوب لتدل على الاباء. صراحة رأي فقهي ينسجم تمامًا مع الاجراءات القضائية المطلوبة هنا.

٤ـ لتثبيت اسلام المسلم من أحد الزوجين وتاكيد اباء الطرف الآخر من الضروري أن يتم التفريق على يد القضاء.

٥ـ اعتبار تفريق القاضي المبني على الاباء بعد العرض طلاقا اذا كان الممتنع زوجا، وفسخا أن كان الرفض من الزوجة كما ذهب الى ذلك ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله، فرق دقيق نابع من عمق فقهي لهذين الفقيهين العظيمين.

رابعا . اعتداء أحد الزوجين على الآخر:

المصدر الرابع للضرر الارادي هو الشقاق واعتداء احد الزوجين على الآخر بفعل كالضرب أو كلام كالشتم، أو بكليهما كالاهانة.

ولرفع هذا الضرر الناشيء من سوء التفاهم والتشاجر والشقاق، ولدفع استمراره. ولمنع نتائجه السيئة على الزوجين والأولاد مباشرة وعلى المجتمع تسببا، أمر القرآن الكريم بتدخل التحكيم المشكل من حكم من أهل الزوج وأقاربه وحكم من أهل الزوجة وذويها، فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا إن يُرِيدَا إِصْلاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا أن اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً﴾[2].

---

[1] التاج المذهب ٢/٨٠ ـ ٨١. البحر الزخار ٣/٧٢.

[2] (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا إن يُرِيدَا إِصْلاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا أن اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً) (النساء:٣٥).

سبق أن بيّنا ما يتعلق بالشروط التي يجب توافرها في الحكمين. والذي يهمنا هنا هو مدى سلطتهما في التفريق بين الزوجين في حالة عدم تيسر الاصلاح كما في التفصيل الآتي:

١ـ لاخلاف بين فقهاء الشريعة في جواز ارسال الحكمين الى الزوجين اذا وقع بينهما التشاجر وجهلت احوالهما فيه فلم يعرف السبب ولا المقصر منهما وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً... الآية﴾.

٢ـ لا خلاف في أن الحكمين يكونان من أهل الزوجين أن امكن ذلك، احدهما مـن اهـل الزوج والآخر من أهل الزوجة، وذلك للحفاظ على أسرار العائلة من جهة، ولمـا لهمـا من الحرص على الاصلاح بدافع صلة القرابة من جهة أخرى.

٣ـ لا خلاف في أنّ حكم الحكمين اذا اختلفا فيما وصلا اليه من نتائج دراسة احوال الزوجين لا يُنفذ وانما يبدلان بآخرين، أو يضاف اليهما ثالث. وانما الخلاف في مدى سلطة الحكمين في التفريق المبني على الاختلاف في طبيعة صفة هذين المصلحين، هل لهما صفة الحكم بالمعنى الشرعي الحقيقي لهذا المصطلح، فعندئذ لهما حق التفريق أن فشل الاصلاح، أو أنهما وكيلان يجب أن يلتزما بان يتصرفا في حدود الوكالة فلا تفريق ما لم يسبقه اذن بذلك من الزوج؟

وانبثاقا من هذا الواقع أنقسم الفقهاء الى فريقين: فريق اقرار السلطة وفريق الرفض.

الفريق الأول ـ يتكون من فقهاء المالكية، والزيدية، والشافعي في أحد قوليه، والإمام أحمد في أحدى روايتيه:

المالكية: قالوا: يجب على الحكمين الاصلاح ما استطاعا، فان تعذر حكما بالتفريق، ونُفذ حكمهما من القاضي ظاهرا وباطنا، وان لم يرض به الزوجان والقاضي، أو كان الحكم مخالفا لمذهب القاضي، اذ لا يشترط موافقتهما له في المذهب. سواء كان الحكمان من جهة الزوجين أو من جهة القاضي. لكن عليهما أن يقتصرا على طلقة واحدة، لأن هذا التفريق للضرورة والضرورات تقدر بقدرها. وأمّا كون الطلاق مجانا أو بعوض (خلعا) فهو منوط بالنتيجة التي يصل اليها الحكمان من دراسة احوال الزوجين، ومعرفة اساس الشقاق والطرف المقصر، فعندئذ يكون الطلاق بلا عوض أن كانت الاساءة من الزوج، وبعوض أن كانت من الزوجة، وان اساءا معا بان كان كل منهما يضر صاحبه، تعيّن الطلاق بلا عوض عند أكثر فقهاء المالكية. ويرى المالكية أنّ على القاضي أن ينفذ حكمهما بالتفريق والطلاق، ولا يجوز له تعقبه ولا نقضه وان خالف

مذهبه وذلك لقوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا﴾ الآية﴾ فسماهما القرآن حكمين[1].

الزيدية: يرى بعض فقهاء الزيدية: أن على الحكمين بعد مخاصمة كل من الزوجين أن يجتهدا في الجمع بالتراضي فان تعذر فالفرقة على عوض أو غيره حسبما يريان[2].

الشافعي في أحد قوليه: واختلف رأي الشافعي في صفة الحكمين وبالتالي في سلطتهما فقال في احد قوليه: هما حكمان فلهما أن يفعلا مايريان من الجمع أو التفريق بعوض وغير عوض لقوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهَا﴾ الآية﴾. حيث لم يعتبر القرآن رضا الزوجين[3].

الأمام احمد في احدى روايتيه: عن الأمام احمد رحمه الله روايتان: احداهما أنهما حكمان، ولهما أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق بعوض وغير عوض ولا يحتاجان الى توكيل الزوجين ولا رضاهما. ويروى هذا الرأي عن علي بن ابي طالب ﷺ، وابن عباس ﷺ، وابي سلمة بن عبد الرحمن، والشعبي، والنخعي، وسعيد بن حبيب، والأوزاعي، واسحاق، وابن المنذر لقوله تعالى ﴿فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهَا﴾ الآية﴾[4].

ويبدو أنّ أهم دليل استند اليه هذا الرأي هو هذه الآية الكريمة حيث فسروها بما يؤيد اجتهادهم من أنهما حكمان وليسا وكيلين فلهما سلطة الاصلاح والتفريق في وقت واحد.

الفريق الثاني: قالوا: أن الحكمين وكيلان وليس لهما الا سلطة الاصلاح أو تقديم تقرير الى القاضي يرفعان فيه ما وصلا اليه من نتائج دراسة احوال الزوجين، ولهما حق التوصية إما بابقاء واستمرار الزوجية بعد حل للمشاكل القائمة، أو توصية الطلاق من الزوجين فان ابى فالتفريق من القاضي على رأي من يقول بسلطة القاضي في ذلك. وقد تبنّى هذا الاتجاه فقهاء الحنفية، والجعفرية، والظاهرية، وبه قال الشافعي في أحد قوليه، والإمام أحمد في إحدى روايتيه، كما في التفصيل الآتي:

---

[1] أنظر المنتقى شرح الموطأ ١١٣/٤ـ ١١٥. شرح الخرشي ٨/٤ ـ١٠. الشرح الصغير مع الصاوي ٤٠٨/١ـ ٤٠٩، بداية المجتهد ٨١/٢ ـ ٨٢.

[2] البحر الزخار ٩٠/٣.

[3] المهذب ٧٠/٢ ،المغني لابن قدامة٤٩/٧.

[4] ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا إن يُرِيدَا إِصْلاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا أن اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً﴾ (النساء:٣٥). المغني لابن قدامة ٤٩/٧.

الحنفية: قال الجصاص: أن الحكمين عند أبي حنيفة وأصحابه وكيلان أحدهما وكيل الزوجة والآخر وكيل الزوج بدليل قوله تعالى: ﴿إن يُرِيدَا إِصْلاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ ولم يقل أن يريدا فرقة[1].

الجعفرية: قال فقهاء الجعفرية: أن الحكمين وكيلان ليس لهما سلطة التفريق، وانما مهمتهما تقتصر على محاولة الاصلاح، ثم تقديم تقرير الى القاضي أن تعذّر الاصلاح. فما لم يكونا مخوّلين من الزوجين بالطلاق (أو التفريق) ليس لهما ذلك[2].

الظاهرية: قال ابن حزم الظاهري (رحمه الله): ليس في الآية ولا شيء من السنن أنّ للحكمين أن يفرّقا، ولا أن ذلك للحاكم. وقال ﷺ: ﴿وَلا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾. فصح أنه لا يجوز أن يطلّق أحد على أحد، ولا أن يفرّق بين رجل وامرأته الا حيث جاء النص بوجوب فسخ النكاح فقط، ولا حجة في قول أحد دون رسول اللهﷺ[3].

الشافعي في أحد قوليه: قال أبو اسحاق الشيرازي (رحمه الله): (واختلف قوله في الحكمين فقال أحد القولين: هما وكيلان فلا يملكان التفريق الا باذنهما لان الطلاق الى الزواج وبذلك المال الى الزوجة فلا يجوز الا باذنهما)[4].

الأمام احمد في احدى روايتيه: قال ابن قدامة (رحمه الله):(واختلف الرواية عن أحمد (رحمه الله) في الحكمين ففي إحدى الروايتين عنه أنهما وكيلان لهما لا يملكان التفريق الا باذنهما)[5].

واستدل أصحاب هذا الرأي بأدلة اهمها:

١ـ القرآن حدد مهمة الحكمين بالاصلاح فقال: ﴿إن يُرِيدَا إِصْلاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾.

٢ـ أن الاصل أن الطلاق لا يملكه الا الزوج، أو من يخوله هو.

٣ـ التفريق اخراج ملك من صاحبه بدون رضاه وهذا غير صحيح لأن حل التمتع بالزوجة ملك الزوج، والمهر المؤجل ملك الزوجة فهي قد تخسره بالتفريق اذا ثبت أن التقصير منها.

---

[1] احكام القرآن للجصاص ١٥١/٣ـ ١٥٤.

[2] شرائع الاسلام ٤٢/٢، المختصر النافع ص٢٧١.

[3] المحلى لابن حزم ٨٨/١٠.

[4] المهذب لابي اسحاق الشيرازي ٧٠/٢. قارن المجموع شرح المهذب ٣٢٩/١٥.

[5] المغني لابن قدامة ٧/ ٤٩.

٤ـ روي أن علي بن ابي طالب ﷺ بعث حكمين قال: أتدريان ما عليكما؟ إن رايتما أن تجمعا جمعتما، وان رايتما أن تفرّقا فرّقتما. فقالت المرأة رضيت بكتاب الله وبما فيه لي وعليّ. فقال الرجل أمّا الفرقة فلا. فقال علي والله لا تفلت مني حتى تقر بمثل ما أقرت به المرأة)[1].

فقالوا هذا الكلام بين علي بن ابي طالب وبين الزوج يدل على أن الحكمين لا يستطيعان التفريق الا باذن الزوج.

وارى أن كلاً من الاتجاهين لا يخلو من نوع من التطرف ففي الرأي الأول إفراط يعطي الحكمين سلطة أكثر من اللازم،

وفي الاتجاه الثاني تفريط ينقص من القيمة العلمية لمهمة الحكمين التي أقرها القرآن الكريم.

والذي يبدو لي هو أن الحكمين سلطتهما أقوى من سلطة الوكيلين، بدليل أن القرآن سماهما الحكمين وطلب أن يتميزا من الوكيل العادي بان يكونا من أهل الزوجين ولكن هذه السلطة لا تخولهما بالتفريق دون أن يكون للقاضي حكم في الموضوع والسلطة.

وبناء على ذلك يعتبر الحكمان حلقة وصل بين القضاء وبين العائلة التي حلت بها مأساة الشقاق والتشاجر، فهما أن اتفقا على أنّ العلاج هو إنهاء رابطة الزوجية يكون للقاضي ملزما بان يأخذ بما يريانه فعليه أن يعرض الطلاق على الزوج فان أبى، يحل محله ويفرّق بينهما.

---

[1] وفي رواية (كذبت حتى يحكم كتاب الله لك وعليك). وفي اخرى (حتى ترضى بكتاب الله) أنظر بداية المجتهد ٨٢/٢. احكام القرآن للجصاص ١٥٢/٣.
لكن هذا الدليل الاخير كما يصلح أن يكون دليلا للرأي الثاني، يمكن أن يحتج به أصحاب الرأي الأول أيضا.

المبحث الثالث

موقف القانون من التفريق قضاء

المقصود من القانون هو قانون الأحوال الشخصية للبلاد الاسلامية، لأن كل ما يتعلق باحكام الطلاق والتفريق في البلاد الأخرى يأتي في الباب الخامس من هذا الكتاب.

والقانون في البلاد العربية أخذ بتعداد الأسباب، ونتيجة لعدم الأخذ بمعيار الضرر حصل إختلاف كبير لقوانين هذه البلاد في طبيعة الأسباب وشروطها. وأحاول في هذا البحث ارجاع جميع هذه الأسباب الى الضرراللا ارادي والضرر الارادي.

أولا. الضرر اللاارادي:

المقصود من الضرر اللاارادي هو أن لايكون لارادة احد الزوجين دور في نشوء مصدره لا مباشرة ولا تسببا، كالأمراض التناسلية وغير التناسلية من الامراض البدنية المعدية أو المنفّرة، أو الأمراض العقلية، أو العاهات المستديمة، وغيرها مما لايرجى شفاؤها ولا يستطاع استمرار الحياة الزوجية مع قيام الضرر الناشىء عنها.

وقد اتفقت القوانين الاسلامية ـ التي اطلعت عليها ـ على جواز التفريق قضاء عند ثبوت مرض من هذه الامراض بعد توفر الشروط المطلوبة فيه كالعراقي (م٤٣/٤ـ٦)، والاردني للمواد (١١٣ـ١٢٢)، والسوري المواد (١٠٥ـ١٠٨)، والمصري المواد (٩ـ١١)، والمغربي (ف ٥٤ـ٥٥).

لكنها اختلفت في التفصيل الآتي:

١ـ حق طلب التفريق ثابت للزوجة دون الزوج ـ لانه يملك الطلاق ـ في العراقي (م٤٣)، المصري (م٩)، السوري (م١٠٥) اخذت بمذهب الحنفية. وللزوج ايضا في الاردني (م١١٣ م١١٧)، والمغربي (ف ٥٤).

وهذا الاتجاه الثاني هو الافقه، لأنه موافق لرأي جمهور فقهاء المسلمين، ومحقق للعدالة والمساواة فيما يترتب على الزواج من الآثار الايجابية والسلبية. ومن الجدير بالذكر أنّ هنالك فرقاً جوهريا بين الطلاق والتفريق من حيث الآثار: فالزوج في الطلاق ملزم

بتسديد الحقوق المتأخرة للزوجة وان كان السبب منها، بخلاف التفريق، فانه لا يلزم بذلك ما دامت الزوجة هي السبب.

٢- يسقط حق طلب التفريق في حالة علم المتضرر بالعيب (منشأ الضرر) قبل العقد أو بعده مع رضائه به صراحة أو دلالة (ضمنا) في القانون الاردني باستثناء العنة (م١١٤)، السوري (م١٠٦)، المصري (م٩)، المغربي (ف ٥٤/١) ولكن النص العراقي (م٤٣/٤ -٦) ورد مطلقا، والمطلق يحمل على اطلاقه ما لم يقم دليل على تقييده ولا دليل.

وأرى أنّ المشرّع العراقي هو المصيب، لأن علة الحكم عبارة عن الضرر الذي لا يطاق سواء وجد قبل العقد ام بعده، قبل الدخول ام بعده، رضي به المتضرر في فترة زمنية أم لا. ثم أنه لا يجوز اجبار المتضرر على الصبر مدى الحياة لانه قَبِل الضرر في يوم ما. والقاعدة الأصولية تقضي بدوران الحكم مع علته وجودا وعدما. لذا أقترح أن تحذو حذوه بقية قوانين العالم الاسلامي.

٣- اشترط الاردني (م١١٣) أن لا يكون طالب التفريق مصابا بنفس المرض أو بما يقرب منه في الضرر، والا يسقط حقه في طلب التفريق. فالزوجة الرتقاء أو القرناء ليس لها طلب التفريق لعنة زوجها وقل مثل ذلك بالنسبة لبقية الأمراض.

وأقترح أن يهمل هذا الشرط ما دامت ثمرة الحياة الزوجية مفقودة فعلا بسبب مرض أحدهما سواء كان الآخر مصابا به، أم بمثله أم لا، اذا لم يكن هنالك رجاء للشفاء والصبر على الضرر.

٤- من وجهة نظر المشّرع الأردني (م١١٧، م١١٨) لا تفريق اذا حدث المرض بعد الدخول ولو كان الدخول مرة واحدة سواء رضي به المتضرر ام لا. وهذا الرأي على الرغم من أنه قال به بعض الفقهاء - كالحنفية - فانه يتعارض مـــع القواعد العامة في الشريعة الاسلامية منها ﴿لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا﴾ ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ ((لا ضرر ولا ضرار)). لذا أقترح إهماله.

٥- اقتصر المشرع السوري (م ١٠٥/٢) في الامراض غير التناسلية على الجنون فقط اذا طرأ بعد العقد. فهذا التحديد يتنافى مع القواعد العامة الاســـلامية الآمرة بازالـــة الضرر أيّا كان مصدره ما لم يقبله المتضرر بصورة دائمة صراحة أو ضمنا. ويلاحظ أن القوانين المذكورة متفقة فيما يلي:

أ ـ اعتبار التفريق للضرر اللاارادي طلقة بائنة.

ب ـ تأجيل التفريق سنة في كل سبب يتوقع زواله.

وكلا الحكمين يتفقان مع روح الاسلام والعدالة.

ثانيا . الضرر الارادي:

يعتبر الضرر اراديا اذا كان لارادة احد الزوجين دخل ـ مباشرة أو تسببا ـ في حدوثه. ويمكن ارجاع منشأ هذا النوع من الضرر الى ما يلي:

أ ـ حرمان الزوجة من النفقة.

ب ـ حرمان الزوجة من المعاشرة.

ج ـ اعتداء احدهما على الاخر.

د ـ ارتكاب احدهما المعصية يترتب عليها ضرر الآخر.

ونوضح فيما يلي موقف القانون من هذه الحالات.

أ ـ الحرمان من النفقة:

حق الزوجة في طلب التفريق قضاء اذا تضررت بسبب حرمانها من النفقة أقرّه القانون العراقي (م٤٣/٧، ٨، ٩) والاردني المواد (١٢٧ـ١٣١)، والسوري المواد (١١٠ـ١١١)، والمصري المواد (٤ـ٦)، والمغربي (ف ـ٥٣)، والتونسي (ف ٣٨ـ٤٠)، والمشروع الكويتي المواد (١٠٨ـ١٠٩). غير أن هذه القوانين اختلفت في الاحكام الآتية:

١ـ أنفرد العراقي (م٤٥) باعتبار التفريق لعدم الانفاق طلقة بائنة خلافا لبقية القوانين التي تعتبره طلاقا رجعيا: الاردني (م١٢٨)، السوري (م١١١)، المصري (م٦)، المغربي (ف ـ٥٣/٢)، الكويتي (م١٠٩). وأقترح أن يحذو العراقي حذوها لما فيه من دعم استمرار الحياة الزوجية ورعاية مصلحة الأولاد إن وجدوا. فكثيرا ما يندم الزوج الممتنع عن الانفاق تعنتا، أو قد يفضل الله على الزوج العاجز عن الانفاق بعد الطلاق وخلال فترة العدة. فاعطاء المجال للرجعة أولى من سد الباب بوجه استئناف الحياة الزوجية مع التعهد بالاستمرار على الانفاق.

٢ـ اشترط المشرع التونسي (ف ـ٣٩) خلافا لبقية القوانين، أن لا تكون الزوجة عالمة بعسر الزوج حين العقد والا يسقط حقها في طلب التفريق وان كانت متضررة من عدم الانفاق.

واقترح حذف هذا الشرط لان الحكم ربطه الشرع والقانون بالسبب، لكونه مصدر الضرر فهو يدور معه وجودا وعدما. فرضاء الزوجة في وقت ما لاعتبارات وتوقعات لم تتحقق لا يجوز أن يحرمها من طلب التفريق وتبقى مدى الحياة تتحمل معاناة الضرر.

٣ـ في حالة ثبوت عجز الزوج عن الانفاق يؤجّل التفريق مدة لا تزيد عن شهر في المصري (م٤)، وعن شهرين في التونسي (ف ـ٣٩) وثلاثة اشهر في الاردني (م١٢٧) والسوري (م١١٠) والمغربي (ف ـ٥٣). ولم يعط العراقي المهلة في حالة عدم الانفاق لعذر كعجز الزوج. وانما منحها لمن لا عذر له مدة (٦٠) يوما كالزوج المتعنت الممتنع عن الانفاق (م٤٠/٧، ٨).

والذي أقترح أن يأخذ به المشرّع في العالم الاسلامي هو ما ذهب اليه العلامة الفقيه العظيم ابن حزم الظاهري قبل مئات السنين من (ان نفقة الزوج الفقير العاجز واجبة على زوجته المتمكنة ماليا) كما ذكرنا[1] وأرى أن الزوج المتمكن الممتنع عن الانفاق لايستحق أي تقدير وتأجيل، لان عمله هذا يعتبر جريمة دينية وقانونية وأخلاقية مادامت النفقة واجبة عليه وهو متمكن والزوجة مطيعة لم تقم شرعا بما يحرمها من النفقة، فعلى القاضي رفع هذا الظلم حالا بالحكم بالتفريق إن أصرّ على عدم الانفاق وأصرّت على طلب التفريق.

٤ـ إنفرد العراقي (م٤٣/٩) باستحداث حالة لا وجود لها لا في الفقه الاسلامي ولا في أي قانون اطلعت عليه. وهو أن للزوجة طلب التفريق (اذا امتنع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها بعد امهاله مدة اقصاها ستون يوما من قبل دائرة التنفيذ).

واقترح حذف هذه الفقرة، لأنّ المشّرع العراقي أقرّ طرقا قانونية وقضائية لاستيفاء الديون، فلا مبّرر لاعتبار دين الزوجة على الزوج سببا للتفريق مادام الزوج مستمرا على الانفاق عليها.

---

[1] ص٢٠٧. أنظر المحلى ١٠/٩٢.

ب ـ الحرمان من المعاشرة:

التفريق القضائي للضرر الارادي الناشئ، عن حرمان الزوجة من المعاشرة الزوجية اقره: العراقي (م٤٣/١، ٢، ٣)، الاردني للمواد (١٢٣ـ١٢٥)، السوري (م١٠٩)، المصري للمواد (١٢ـ١٤)، المغربي (ف ـ٥٨، ٥٧) مع الاختلاف في التفصيل الآتي:

١ـ الحرمان بسبب الحكم على الزوج بعقوبة سالبة للحرية مدة لا تقل عن ثلاث سنوات يعطي الحق للزوجة طلب التفريق بعد مضي سنة على تنفيذ الحكم في جميع القوانين المذكورة: الاردني (م١٣٠)، السوري (م١٠٩)، المصري (م١٤). خلافا للقانون العراقي (م٤٣/١) الذي يمنح الزوجة هذا الحق بعد الحكم مباشرة وهذا ما لم اجده في أي قانون اخر ـ مما اطلعت عليه ـ سوى قانون الاتحاد السوفيتي المعمول به حاليا. فجميع القوانين الاسلامية وغير الاسلامية لا تسمح بالتفريق الا بعد مضي سنة اعتبارا من بدأ نفاذ الحكم.

واقترح أن يأخذ المشرع العراقي بنفس الاتجاه ما دامت السجون في العراق تعتبر مؤسسات اصلاحية وما دام عدد كثير من المسجونين قد يتمتعون باجازات بين آونة وأخرى لزيارة عوائلهم في بيوتهم.

٢ـ اعتبر المشرع السوري (م١٠٩/١) التفريق للحكم بعقوبة سالبة للحرية طلقة رجعية. واقترح أن يحذو حذوه المشرعون في العالم الاسلامي لما فيه من اسناد، واستمرار الحياة الزوجية.

٣ـ في حالة حرمان الزوجة من المعاشرة بسبب هجر الزوج لغير عذر، لم يسمح المشرع العراقي (م٤٣/٢) بالتفريق ما لم يستمر سنتين. وأرى أن هذه المدة طويلة تضر بمصلحة الزوجة وبصورة خاصة اذا كانت يخشى عليها أن تقع في الخطيئة. لذا اقترح تبديل المدة بسنة واحدة مادام الزوج لا عذر له.

٤ـ لم يتطرق لحكم الهجر بالايلاء الا القانون المغربي (ف ـ٥٨) الذي نص على أنه: (اذا آلى الزوج أو حلف على هجر زوجته وترك المسيس (المعاشرة الجنسية) جاز للزوجة أن ترفع امرها الى القاضي الذي يؤجله أربعة أشهر فان لم يفيء (لم يرجع الى المعاشرة) بعد الاجل طلقها عليه وهذا الطلاق رجعي).

اقترح أن يقتدي به المشرع في كل بلد اسلامي، لانه حكم عادل اقره القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ

غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[1] وقد سبق تفصيل احكام الايلاء[2].

٥- اقر الاردني (م١٢٣-١٢٥)، والمصري (م١٢-١٣) ، والمغربي (ف -٥٧): أن الزوجة لا يحق لها طلب التفريق الا بعد مضي سنة على الغيبة وبعد ذلك:

أ - إن كان مكان الغائب معلوما يمكن الاتصال به، ضرب له القاضي اجلا وأعـذره بانه يطلّقها عليه إن لم يحضر للاقامة معها أو ينقلها اليه أو يطلّقها. فاذا أنقضى الأجل ولم يبد عذرا مقبولا، تأكد القاضي من اصرار الزوجة علـى التفريـق فـان أصرت، فرّق بينهما بطلقة بائنة.

ب - وان لم يمكن الاتصال به إجتهد القاضي ووضع مدة لانتظار خبره، فان حضـر والا طلق عليه دون تأجيل أو اعذار.

ويلاحظ أن المغربي ينفرد بانه يشترط أن تثبت الزوجة غياب الزوج وتضررها من جرائه، إما بالبينة أو باليمين. وأقترح أن يأخذ بهذا الشرط بقية القوانين، لأن هذا الاثبات من متطلبات القضاء العادل، كما أقترح تبديل عبارة (تصله الرسائل، ولا تصله الرسائل) بـ (يمكن الاتصال به، ولا يمكن الاتصال به) في مواد القانون المصري والأردني والمغربي حتى يشمل التعبير كافة وسائل الاتصال في العصر الحديث.

وكذلك أقترح على المشرّع الأردني أن يحذف عبارة (وكان معروف محل الاقامة) في المادة (١٢٣) لأن المادتين (١٢٤، ١٢٥) تعتبران تفصيلا لها، فهذا القيد يجب أن يرد في التفصيل.

٦- تناول المصري (٢١، ٢٢)، والاردني (م١٧٧)، والتونسي (ف -٨٢) موضوع التفريق لفقدان الزوج مع الاختلاف الآتي:

أ - التونسي حدد المدة بسنتين اذا كان الفقد في ظروف غير اعتيادية، بعد البحث واليأس عن معرفة مصيره، وترك تقدير المدة لسلطة القاضي اذا فقد في الظروف الاعتيادية.

---

[1] سورة البقرة: ٢٢٦،٢٢٧.

[2] ص٧٥.

ب ـ يتفق المصري مع التونسي في ترك أمر التقدير لسلطة القاضي في الفقد في ظروف اعتيادية، ويختلف معه في تحديد المدة باربع سنوات اذا فقد في حالة غير اعتيادية كالحرب.

ج ـ يتفق الاردني مع المصري في تحديد المدة باربع سنوات، لكن يختلف معه ومع التونسي في تحديد المدة بسنة واحدة اذا فقد اثر كارثة كزلزال أو غارة جوية.

واقترح أن يُترك تقدير المدة لسلطة القاضي في جميع الظروف والحالات يستعين بالوسائل الحديثة لمعرفة مصيره.

ولم يتطرق المشرّع العراقي لهذا التفصيل باعتبار أن الكلام يخص التفريق قضاءً لا الحكم بالموت.

٧ـ أنفرد المشرع العراقي (م٤٣/٩) باعطاء الزوجة حق طلب التفريق دون أن يكون هنالك ضرر اراديٍ أو لاارادي، فلها طلب التفريق في الفترة الواقعة بين عقد الزواج وبين الدخول. والطلاق قبل الدخول وان اباحه القرآن في قوله تعالى ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ﴾[1].

لكن مع ذلك أرى أن لا يتسرع القاضي الى استجابة طلب التفريق حتى يعرف سر هذا الطلب ومدى نجاح وفشل هذا الزواج، مستعينا بخبرته القضائية وبالمحكمين والباحثة الاجتماعية، وذلك حفاظا على استمرار الحياة الزوجية وسمعة العائلة. لانه ما من طلاق أو تفريق الا ويترتب عليه اساءة سمعة الزوجين أو احدهما في الاقل.

ح ـ اعتداء احد الزوجين على الآخر بالكلام أو الفعل:

اتفقت قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية التي اطلعت عليها ـ باستثناء القانون المصري ـ على أن لكل من الزوجين أن يطلب من القضاء التفريق اذا ثبت إضرار الآخر به قولا أو فعلا، بحيث لا يمكن مع هذا الاضرار استمرار الحياة الزوجية (العراقي٤٠/١)، الاردني (١٣٢)، السوري (م١١٢) المغربي (ف ـ٥٦)، التونسي (ف ـ٣٢)، المشروع الكويتي (م١١١).

لكن المشّرع المصري (م٦) أعطى هذا الحق للزوجة فقط على أساس أنّ الزوج يملك الطلاق. وهنالك بعض الخلافات الجزئية منها مايلي:

---

[1] (لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أو تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ) (البقرة:٢٣٦).

١ـ ورد تعبير (لا يستطاع)[١] في الكل عدا العراقي الذي جاء بكلمة (يتعذر) والمفضل هو الأول لأن لفظ (يتعذر) يعني (يستحيل) وهذه الدرجة غير مطلوبة للحكم بالتفريق.

٢ـ يرى المشرع المصري أنّ هذا الحق يسقط بالتقادم فليس للمتضرر رفع الدعوى بعد مرور سنة على العلم بالضرر. وأقترح حذف هذا الشرط، لأن علة الحكم هي الضرر والقاعدة تقضي بان الحكم يدور مع علته وجودا وعدما.

٣ـ اعتبر المشّرع العراقي (م٤٠/٥) والمصري (م٦ مكرر) تعدد الزواج من باب الاضرار المبرر للتفريق، فأعطى العراقي هذا الحق للزوجة السابقة واللاحقة (الجديدة) مطلقا، اذا كان الزواج اللاحق بدون إذن المحكمة.

في حين أنّ المصري لم ياخذ بنظر الاعتبار وجود اذن المحكمة أو عدمه، كما أنه لم يعط الحق للزوجة اللاحقة الا اذا أخفى عليها الزوج تزوّجه بسواها.

وأرى أنّ النهج المصري هو الأقرب الى الصواب، لأن الزوجة الثانية اذا كانت عالمة بالزواج السابق تعتبر معتدية على حق الزوجة السابقة، فالمفروض أنها لاتستحق حق طلب التفريق. ثم أنه لاصلة بين الضرر الموجب للتفريق، وبين عدم اذن المحكمة.

٤ـ اتفق الكل على عدم جواز تسرع القضاء الى التفريق الا بعد بذل محاولة الاصلاح مستعينا بالحكمين، كما امر بذلك القرآن الكريم.[٢] غير أن الاختلاف حصل في تحديد طبيعة سلطة الحكمين: فذهبت الاكثرية الى أن الحكم وكيل يقتصر دوره على الاصلاح فقط، فليس له التفريق، كما أن القاضي ليس ملزما بما يقترحه أو يقرّه الحكمان.

وذهب المشّرع الأردني الى أنّ للحكمين سلطة اتخاذ القرار وعلى القاضي أن ينفّذه، حيث نصت فقرة ط/م١٣٢ على أن (على الحكمين رفع التقرير الى القاضي بالنتيجة التي توصلا اليها، وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاها اذا كان موافقا لاحكام هذا القانون)

---

[١] أي لايستطاع استمرار الحياة الزوجية مع الضرر.

[٢] (وَإِن خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا أن يُرِيدَا إِصْلاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا) (النساء: ٣٥).

وما ذكره الأخ الفاضل الشيخ أحمد حسن طه[1] من (أنّ المشّرع المصري ذهب الى إعطاء الحكمين صلاحية اقرار التفريق من غير أن يكون للقاضي بد من تنفيذه، وان دور القاضي أنما هو دور المبلغ عن الحكمين بالقرار) غير مطابق للواقع وان نص (م٩) نقل خطأ.

هـ- ذكر المشّرع العراقي بعض الحالات التي تكون الزوجة فيها متضررة فلها طلب التفريق، غير أن مصدر سبب الضرر ليس الزوج، كما في حالة الزواج قبل اكمال الثامنة عشرة دون موافقة القاضي (م٤٠/٣). وفي حالة اكراهها على الزواج خارج المحكمة (م٤٠/٤). واقترح تبديل عبارة (قبل اكمال الثامنة عشرة) بـ (قبل البلوغ) حتى يتفق مع رأي فقهاء المسلمين.

وأرى حذف حالة الاكراه، لان الزواج بالاكراه باطل والتفريق يكون للزواج الصحيح، كما نص المشّرع على بطلانه في نفس القانون (م٩/١).

وقد أكد الرسول ﷺ على أن اذن البالغة العاقلة شرط لصحة زواجها في قوله: ((لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن))[2].

د ـ ارتكاب معصية من أحد الزوجين يترتب عليها ضرر الآخر:

ومن صور هذه المعصية ما يلي:

١ـ ردّة أحد الزوجين.

٢ـ إباء احد الزوجين الاسلام بعد اعتناقه من الآخر باستثناء حالة كون الزوجة كتابية بعد اسلام الزوج، حيث نص القرآن الكريم على صحة الزواج في هذه الحالة نشوءا وبقاء[3].

٣ـ الايلاء. وقد سبق بيان عناصره واحكامه مفصلا[4].

٤ـ اللعان بعد تهمة الخيانة الزوجية. وقد بيّنّا احكامه[5].

---

[1] في مؤلفه: مدى حرية الزوجين في التفريق قضاء ط/١٩٧٥ ص١١٦.

[2] القسطلاني شرح صحيح البخاري ٦/١٤٤.

[3] (وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ) (المائدة الآية: ٥).

[4] ص٧٥.

[5] ص٢٢١ وما بعدها.

ولم يعالج القانون الحالتين الأوليين ـ حسب ما اعلم ـ

وانفرد القانون المغربي (ف ـ٥٨) ببيان حكم التفريق بالايلاء. كما ذكرنا. وتناول المشرع العراقي حكم (م٤٣) المعدلة التفريق للخيانة الزوجية، وأعطى اللواطة نفس الحكم، ولكن لم يبحث اللعان المبني على اتهام الزوج زوجته بالخيانه الزوجية، كما هو المقرّر في الشريعة الاسلامية) حيث أن التفريق يترتب على عملية اللعان تلقائيا كما هو رأي بعض الفقهاء. أو بعد حكم القضاء. كما ذهب اليه الآخرون، وقد بيّنّا ذلك مفصلا[1].

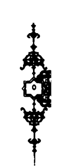
ونتمنى أن ينهض التشريع في العالم الاسلامي بتنظيم أحكام الزواج والطلاق تنظيما يضمن سعادة واستقرار حياة الأسرة المسلمة، ويتفق مع روح الشريعة الاسلامية الغراء، دون تقيّد بمذهب معيّن.

ونضع هذا البحث المتواضع بين يدي المشّرع العراقي لعله يأخذ بالرأي الراجح الملائم من آراء الفقهاء المسلمين التي طرحتها بصدد الطلاق والتفريق.

(وفق الله الجميع لعمل الخير).

---

[1] ص٢٢١ وما بعدها.



الباب الخامس

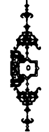
الطلاق في بعض القوانين المعاصرة

ولعدم تيسر الحصول على المراجع لكل دولة، اخترت قوانين بعض الدول ذات التشريعات الحضارية العريقة المتطورة. ففي العالم الاشتراكي اقتصرت على قانون الاتحاد السوفيتي باعتباره الأنموذج الأفضل للقوانين الاشتراكية.

وفي مقابل ذلك بحثت عن الطلاق في قانون الولايات المتحدة الامريكية باعتبارها الدولة الكبرى المتقدمة في العالم الرأسمالي.

وفي التشريعات الأوروبية حصرت البحث عن الطلاق في القانون الانكليزي، والايطالي، والالماني، والفرنسي. لان هذه الدول تتسم بطابع من التقدم التشريعي في شتى مجالات الحياة منذ زمن بعيد.

وبناء على ذلك قسّمت محتويات هذا الباب من الناحية الشكلية على فصلين، خصصت الأول منهما لدراسة الطلاق في قانون الدولتين الكبريين (الاتحاد السوفيتي والولايات المتحدة الامريكية)، وتناولت في الفصل الثاني بحث الطلاق في الدول الأربع الكبرى للعالم الأوروبي.





الفصل الأول
الطلاق في القانون السوفيتي والأمريكي

ونخصص لدراسة الطلاق في قانون كل بلد مبحثا مستقلا.

المبحث الأول : الطلاق في القانون السوفيتي منذ ثورة أكتوبر.

المبحث الثاني : الطلاق في النظام الأمريكي.

المبحث الأول

الطلاق في القانون السوفيتي منذ ثورة اكتوبر

قبل ثورة اكتوبر ١٩١٧م كانت القواعد الدينية هي التي تسري أحكامها على مسائل الزواج وقضايا الطلاق. فالمسلم يخضع للشريعة الاسلامية، واليهودي للتعاليم الاسرائيلية، والمسيحي للقواعد الكنيسة. وكان لكل فئة دينية محاكمها الخاصة تتولى تطبيق الأحكام الدينية. فكان الزواج عقدا دينيا يتم وفقا للأركان والشروط والشكليات المطلوبة في كل ديانة. على الرغم من أنّ المذهب الرسمي للدولة آنذاك كان هو المذهب الارثوذكسي في الديانة المسيحية[1].

وبعد ثورة اكتوبر وسقوط الحكم القيصري في روسيا أُلغي تنظيم أحكام الزواج والطلاق بمقتضى القواعد الدينية المتّبعة قبل هذه الثورة ليحل محلها تنظيم مدني يتفق مع النظام الجديد للدولة.

وقد تم اصدار تشريعات متتالية، وتعديلات متعاقبة بصدد أحكام الزواج والطلاق. غير أن هذه التشريعات لم تكن على نمط واحد فهي مرت بمرحلتين:

الأولى ـ مرحلة الطلاق حرية الارادة لانشاء الزواج، وانهاءه بالطلاق من قبل أحد الزوجين متى وكيف شاء، حتى وصل الأمر الى حد اعترف القانون السوفيتي بالزواج الفعلي (بمجرد المعاشرة بين الرجل والمرأة)، والطلاق الفعلي (بمجرد توقف المعيشة المشتركة)، وقد استغرقت هذه الحالة زهاء تسع عشرة سنة من الحياة الاشتراكية.

الثانية ـ مرحلة تقييد حرية الارادة في الطلاق، وتنظيم أحكام الزواج والطلاق تنظيما يقضي على الفوضى، ويضع حدا لكثرة حالات أنحلال الزواج، ويحقق الثبات والاستقرار للعائلة السوفيتية استقرارا يوفّر التربية للأطفال في حجور آبائهم، والعيش في ظل حنان أمّهاتهم. ولزيادة الفائدة والايضاح أُوزّع دراسة هاتين المرحلتين على فرعين:

---

[1] David et hazard: القانون السوفيتي ج٢ ص٢٩٤، نقلا عن استاذنا الدكتور جميل الشرقاوي: أنحلال الزواج في حياة الزوجين واسبابه في التشريعات الأوربية ص٩٦ .

الفرع الأول

مرحلة اطلاق حرية الارادة في الطلاق

١٩١٧-١٩٢٦

بعد نجاح ثورة اكتوبر ١٩١٧، وانهاء الحكم القيصري صدر لأول مرة في ١٨/كانون الأول /١٩١٧ مرسوم ألغى بموجبه كافة الانظمة الدينية المتبّعة في أحكام الزواج والطلاق[1]. وغاب الزواج الديني ليحل محله الزواج المدني بالنسبة لكافة المواطنين بغض النظر عن هويتهم في العقيدة، والقومية، والأقليم.

وأقر المرسوم حرية ارادة الزوجين في الطلاق دون الخضوع لأي قيد أو شرط. وأعطى للزوجة حق تطليق الزوج، كما منح الزوج حق تطليق الزوجة، دون الارتباط بأية رقابة دينية أو قضائية.

ثم صدر في ١٦/ايلول/ ١٩١٨ قانون آخر سُمي بـ(مجموعة قانون الأسرة) تسري أحكامه على جميع منتسبي الدولة المتكونة من الجمهوريات الرئيسة، فأقر الصفة المدنية للزواج والطلاق، غير أنه اعترف بالصفة القدسية لعقد الزواج، فلم يمنع رجال الدين من ممارسته والاشراف عليه. ولكن هذا الزواج الديني لم يقر القانون أن يترتب عليه ما يترتب على الزواج المدني من الحقوق والالتزامات الزوجية[2]، ولهذا كان على الزوجين أن يتسارعا بعد الاجراءات الدينية الى تسجيل زواجهما بالشكل المدني في سجلات الحالة المدنية، وبذلك يستوفي الصفتين الدينية والمدنية. وبموجب هذا القانون لم يكن هناك أي قيد موضوعي أو شكلي على ارادة الزوجين باستثناء قيد شكلي واحد وهو أن يتم الطلاق أمام القضاء. وحتى في هذه الحالة لم تكن هناك اية سلطة للقاضي في مناقشة الزوجين أو استجوابهم حول سبب الاقدام على الطلاق أو رفض الطلب، كما لم تكن رقابة قضائية على المحكمة المختصة بالنظر في قضايا الطلاق.

---

[1] الشرقاوي المرجع السابق ص٩٧، DAVID: المرجع السابق ص٢٩٥.

[2] أنظر المادة (٥٢) من مجموعة قانون الاسرة ١٩١٨. الشرقاوي المرجع السابق ص٩٧.

اهّم احكام مجموعة ١٩١٨:

يمكن تلخيص هذه الأحكام بما يلي:

١ـ لم يكن للزواج أي تاثير على أهلية الزوجة ولا على اموالها، فهي من حيث أهلية التصرف وادارة الاموال تبقى كما كانت عليه قبل الزواج.

٢ـ لم يفرض هذا القانون أي التزام على كل من الزوجين تجاه الآخر بصدد المعيشة المشتركة (المساكنة)، بل كان لكل منهما أن يختار المكان الذي يرغب أن يعيش فيه، دون أن يكون تغيير أحد الزوجين محل إقامته ملزما للزوج الآخر بأن يتبعه في هذا التغيير، فلم تكن هناك مسؤولية قانونية أو أدبية تترتب على عدم رعاية رابطة الزوجية من حيث المساكنة[1].

٣ـ لم تقف حرية ارادة الزوجة في حق تطليق زوجها متى شاءت عند هذا الحد، بل كان هذا الحق مكفولا بمقتضى المادة (١٩٧) من قانون العقوبات السوفيتي أنذاك، التي كانت تقضي بعقاب الزوج بالحبس اذا حاول أن يرغم زوجته على الاستمرار معه في الحياة الزوجية والانصراف عن فكرة الطلاق[2]. غير أن هذا القانون لم يعاقب الزوجة اذا هي قامت بمثل هذه المحاولة.

٤ـ في حالة الطلاق باتفاق الزوجين لم يلزمهما القانون بعرض الطلاق على القضاء للتصديق، بل يخيران بين التوجه الى مكتبات سجلات الحالة المدنية أو الى المحكمة. وفي كلتا الحالتين لم تكن هناك عقبة أمّام وقوع الطلاق باتفاق الطرفين. فرئيس مكتب السجلات لم يكن عليه الا التأكد من صدور الطلاق عن الزوجين معا ثم تثبيته في السجل وتسليم شهادة بوقوعه[3].

٥ـ الطلاق بالارادة المنفردة: كان المفروض أن يتم أمـام القضـاء. ولكـن هـذا لم يعـن أن للقضاء سلطة رفض هذا الطلاق أو مناقشة الزوجين حول بيان الاسباب[4].

---

[1] أنظر المادة (١٠٤) من مجموعة ١٩١٨.

[2] GROUBER: تطور قانون الاسرة في اتحاد الجمهوريات السوفيتية مقالة في نشرة جمعية التشريع المقارن سنة ١٩٤٦ ص١٢٣.

[3] لستاذنا الشرقاوي المرجع السابق ص٩٧.

[4] سيمسون: تطور قانون الطلاق في أوربا مقالة في نشرة جمعية التشريع المقارن سنة ١٩٤٦ ص١٣٧ نقلا عن الشرقاوي ص١٠٠.

٦ـ كان من الطبيعي أن ينهي الطلاق كل الالتزامات والحقوق المترتبة على الزواج، لكن هنالك بعض الاستثناءات على هذه القاعدة منها:

أ ـ كان للزوج المحتاج غير القادر على العمل حق النفقة على الزوج الآخر المتمكن دون تحديد مدة لهذا الانفاق، ويبدو أن المكلف هو الزوج المقدم على الطلاق[1].

ب ـ كان الزوجان ملزمين بعد الطلاق ـ كما كانت الحال قبل الطلاق ـ بالانفاق على أولادهما، وكان لهما الاتفاق على النسبة التي يتحملها كل منهما ما لم يضر ذلك بمصلحة الأولاد، لانهم يستوفون النفقة وفقا للقانون بغض النظر عن شروط واتفاق الزوجين[2].

٧ـ اذا لم يتفقا على كيفية الانفاق تتولى المحكمة تحديد التزام كل من الزوجين (الابوين) من ذلك[3].

مجموعة ١٩٢٦:

صدر في تشرين الثاني/١٩٢٦ مجموعة جديدة لقانون الأسرة لتحل محل قانون ١٩١٨ على أن تكون نافذة اعتبارا من أول كانون الثاني/١٩٢٧ ويعتبر هذا القانون اكثر تطرفا من القانون السابق من حيث اطلاق حرية الارادة في أنشاء الزواج وانهاءه، فقد اعترف المشرع السوفيتي لأول مرة بشرعية الزواج الفعلي والطلاق الفعلي.

أ ـ الزواج الفعلي:

هو أنشاء علاقة بين رجل وامرأة دون أن يسبقها عقد ديني أو مدني وكان قانون ١٩٢٦ يعتبر كل اقامة في منزل مشترك، وكل ظهور بصفة الازواج أمام الناس، وكل تعاون مالي بين الجنسين من قرائن قيام الزواج (م١١م١٢) وتترتب عليه الاثار الشرعية من حيث

---

[1] أنظر المادة (١٣٠) من القانون المذكور. وقد نظمت المواد (١٠٧ـ ١٢٩) احكام التزام الزوجين بالانفاق. أنظر GROUBER المرجع السابق ص١١٩ نقلا عن الشرقاوي ص٩٨.

[2] المادة (١٦٦).

[3] المادة (١٦٧).

النسب والميراث وغيرهما[1]. ومن الجدير بالذكر أن هذا الاعتراف لايعني اهمال نظام الزواج المسجل حيث ابقاه القانون بجانب الزواج الفعلي لرعاية مصالح الدولة وهي في الغالب مصالح احصائية فقط، ولتيسير حماية الحقوق الشخصية والمالية للزوجين والأولاد[2].

ومما يلفت النظر في هذا القانون هو: أنه على الرغم من اعترافه بالزواج الفعلي فانه اضاف بعض القيود الجديدة الى اجراءات التسجيل للزواج الرسمي، حيث قرر أنه لايكفي في الزواج الرسمي المسجل اقرار الزوجين بانتفاء مانع من موانع زواجهما فحسب، بل يجب على كل أن يقر أمام الموثّق بعلمه بالحالة الصحية للطرف الآخر، خصوصاً بالنسبة للامراض السارية والعقلية، وان يبيّن كلّ منهما مرات زواجه السابقة، وعدد أولاده أن كان هناك مثل ذلك. كما ألزم القانون موظف التوثيق بتبليغ الزوجين بان كل خلاف في افادتهما سوف يعرّضهما للعقاب[3].

ب ـ الطلاق الفعلي:

كان من الطبيعي أن يعترف قانون ١٩٢٦ بالطلاق الفعلي ما دام أقر شرعية الزواج الفعلي،[4] فقد اعتبر مجرد توقف المعيشة المشتركة بين الزوجين حلا لرابطة الزوجية (طلاقا فعليا).

ومن الجدير بالذكر أن الطلاق الفعلي لم يكن خاصا بالزواج الفعلي، بل كل هجر من احد الزوجين للاخر كان القانون يعتبره طلاقا، سواء كان الزواج قد أُنشئ موثقا أم قام فعلا نتيجة المعاشرة بين الجنسين. ويدل على ذلك ما قضت به المحكمة العليا للجمهورية الاتحادية الروسية سنة ١٩٢٩ من أن توقف المعيشة المشتركة بين الرجل وزوجته التي تزوجها زواجاً ثابتا في سجلات الحالة المدنية يعتبر طلاقا بينهما[5].

---

[1] وقد حكمت المحكمة العليا للجمهورية الاتحادية السوفيتية سنة ١٩٢٧ بان الزوجة الفعلية يثبت حقها في الميراث دون حاجة الى أن يكون زواجها ثابتا في سجلات الحالة المدنية.الشرقاوي المرجع السابق ص١٠٠ .

[2] أنظر المادة الأولى من هذا القانون.

[3] الشرقاوي ص١٠٠.

[4] وقد بينا فيما سبق من هذا الكتاب أن كلا من القانون الروماني والقانون حمورابي اعترف بشرعية الزواج الفعلي لكن بعد مرور سنة على المعاشرة غير المشروعة.

[5] أنظر GROUBER المرجع السابق ص١٢١ . الشرقاوي ص ١٠٠ .

وقد أخذ بالطلاق الفعلي قوانين جمهوريـات: أوكرانيـا، وروسـيا البيضـاء، وآذربيجـان، وجورجيـا، وأرمينيـا، وتركسـتان، وأزبكسـتان، وأتسـوغيز في الفـترة الواقعـة بـين ١٩٢٦ـ١٩٣٦.[1]

وكما أن اقرار القانون الجديد للزواج الفعلي لم يكن الغاء للزواج الرسمي، فكذلك اقراره للطلاق الفعلي لم يكن أنهاء للعمل بالطلاق الرسمي الذي كان يتم أمام القضاء اذا كان بالارادة المنفردة ويسجل عند الموثق. غير أنه لم يعد لهذا التسجيل في ظل القانون الجديد أي دور سوى الكشف عن حالة وقوع الطلاق لا أنشاءها، ويدل على ذلك ما جاء في المادة (٢٠) من هذا القانون من أنه يجوز للمحكمة أن تحكم بانقضاء الزواج ولو لم يكن هناك طلاق مثبت بالسجلات[2].

وبناء على ذلك لم تعتبر الاجراءات القضائية ضرورية لوقوع الطلاق في ظل القانون ١٩٢٦، بل تسجيل الرغبة في الطلاق في مكتب التوثيق كان كافيا.

وقد عدل هذا القانون من قواعد الالتزام بالنفقة الزوجية بعد الطلاق، فحدد مدة الانفاق على الزوج المحتاج غير قادر على العمل بسنة أو ستة اشهر خلافا لما كان عليه قانون ١٩١٨ من عدم تحديد هذه المدة[3].

---

(1) سيمسون ص١٣٧ .

(2) مجموعة BRAS LE: مجموعة قواعد الطلاق في أوربا ص٣٢٩.

(3) GROUBER المرجع السابق ص١٢٦،١٢٥. نقلا عن الشرقاوي المرجع السابق ص١٠١.

الفرع الثاني
مرحلة تقييد حرية الارادة في الطلاق

بعد أن حسّ المشرع السوفيتي بخطورة الفوضى في الزواج والطلاق نتيجة حرية لا محدودة للمواطن السوفيتي في أنشاء الزواج وايقاع الطلاق، رأى من الضروري وضع حد لهذه الفوضى الأسرية التي لم تقتصر نتائجها السلبية على العائلة السوفيتية فحسب، بل تجاوزت الى الحياة العامة للمجتمع السوفيتي. وعلى هذا الأساس صدر لأول مرة من اللجنة التنفيذية المركزية وفي مجلس قومسيري شعب الاتحاد السوفيتي مرسوم في ٢٧/حزيران/١٩٣٦ يقضي بعدم امكان اثبات الطلاق في السجلات الرسمية الا بحضور كل من الزوجين، وبضرورة اثبات الطلاق في التذكرة الشخصية لكل منهما، كما زاد من الرسوم المفروضة على الطلاق، وأضاف أعباء مالية تترتب على أحد الزوجين أو كليهما بعد الطلاق لمصلحة الأولاد.

اهمّ احكام قانون ١٩٣٦:

يمكن تلخيص اهم احكام جاء بها هذا القانون بالنسبة لتقييد حرية ارادة الزوجين في الطلاق بما يلي:

١ـ **تثبيت الطلاق**: اذا كان الطلاق بالارادة المنفردة لاحد الزوجين، يجب تثبيته في السجل الرسمي بحضور كل من الزوجين، وعلى مكتب التسجيل اعلام الزوج الذي يقع عليه الطلاق للحضور، ولا يتخذ اجراء التسجيل قبل وصول الخبر اليه، واذا كان موطنه مجهولا يؤجل التثبيت لمدة ستة أشهر. ولكن حضور الزوج الاخر بنفسه لم يكن ضروريا، فكان له أن يوكّل من ينوب عنه في ذلك.

وكان من الواجب أن يسجّل اتفاق الزوجين على القضايا المالية أو الحضانة. وفي حالة عدم الإتفاق يكون الفصل فيها من اختصاص المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الطلاق.

وعند عدم حضور الطرف الذي يقع عليه الطلاق تنظم للمسائل المالية والحضانة وفقا

لما يقرره راغب الطلاق[1].

٢ـ زيادة الرسوم: رفع القانون الجديد مقدار رسوم الطلاق كقيد آخر على حرية الارادة في الاقدام على الطلاق فجعلها (٥٠) روبلا للطلاق الأول، و(١٥٠) للثاني، و (٣٠٠) للثالث.[2]

٣ـ نفقة الأولاد. اعتبر القانون الجديد نفقة الأولاد عقبة أخرى أمام حوادث الطلاق فقد قرر تخصيص ربع راتب الراغب في الطلاق لولد واحد، وثلثه لولدين، ونصفه لثلاثة أولاد.

٤ـ تشديد القضاء: كان على القاضي أن يشدد في استجابة طلبات الطلاق، وان يحاول التوفيق ورفض الطلاق قدر الامكان[3].

قانون ١٩٤٤:

لم يطرأ تغيير جوهري على نظام الزواج والطلاق في الاتحاد السوفيتي بصورة حقيقية وعملية الا بعد صدور مرسوم المجلس الاعلى للاتحاد السوفيتي في ٨/تموز/١٩٤٤ حيث غير قواعد الزواج والطلاق تغيراً كلياً لصالح استقرار الاسرة السوفيتية، وثبات الحياة الزوجية، وتربية الأطفال في حضن الأبوين.

وهذا المرسوم عمل تشريعي اعتيادي يجب أن تسير على مقتضاه تشريعات كل جمهوريات الاتحاد السوفيتي ويمكن إيجاز اهم ما جاء به هذا القانون من الاحكام بما يلي:

١ـ عدم شرعية الزواج غير المسجل:

اعتبر القانون الجديد التسجيل شرطا شكليا لصحة الزواج بعد أن كان وسيلة من وسائل الاثبات في ظل القوانين السابقة.

فكل زواج لايسجل بطريقة واجراءات قانونية يعتبر باطلا لا تترتب عليه الاثار القانونية التي تقررها قوانين الزواج والعائلة والوصاية في جمهوريات الاتحاد[4].

---

[1] أنظر DAVID: القانون السوفيتي ج٢ ص٣٠٦.

[2] المرجع السابق ص٣٠٦، ص٣٠٧. الاستاذ الشرقاوي المرجع السابق ص١٠٢.

[3] أنظر المرجعين السابقين.

[4] الشرقاوي ص١٠٣

٢ـ عدم صحة الطلاق خارج المحكمة:

تدعيما لثبات واستقرار العائلة السوفيتية وتحديدا لارادة الزوجين في الاقدام على الطلاق جاء القانون الجديد بمبدأ (لا طلاق الا بصدور حكم به أمام القضاء). فكل طلاق سواء كان بالارادة المنفردة أو باتفاق الزوجين يعتبر باطلا ما لم يصدر به حكم قضائي وان كان مسجّلا بمكتب الحالة المدنية.

٣ـ قناعة القاضي بالجبر[1]:

فرض القانون الجديد توفر قناعة القضاء بان هناك ما يبرر الطلاق. وهذه القناعة تحصل من دراسة جميع شؤون الحياة الزوجية لمن يرفع دعوى الطلاق وللمدعى عليه. وعلى القاضي أن لا يستجيب الطلب، وان لا يحكم بوقوع الطلاق ما لم يقتنع بان هناك مبرراً موجبا له. وبذلك جعل المشرع السوفيتي تقدير كفاية الأسباب التي يستند اليها طلب الطلاق لتبريره من سلطة القضاء الذي يفصل في كل حالة بحسب ظروفها.

فعلى القاضي في قبول الأسباب التي يتمسك بها راغب الطلاق أن يستهدي بقصد المشرع السوفيتي من قانون ١٩٤٤ وهو استقرار العائلة وكفالة الوسط العائلي الصالح لتربية الأولاد.

٤ـ السلطة التقديرية للقاضي:

بموجب القانون الجديد المحكمة غير ملزمة بالحكم بالطلاق أيّا كان السبب بل لها رفض الطلب وان تم باتفاق الزوجين.

٥ـ لاطلاق بدون سبب قانوني:

ليس للمحكمة استجابة طلب الطلاق ما لم يكن هناك سبب قانوني يبرره كالأسباب الآتية:

أ ـ ارتكاب الزنا من الزوج الآخر.

ب ـ سلوكه المشين.

ج ـ القطيعة المستمرة المستعصية العلاج.

د ـ سوء المعاملة التي تجعل استمرار الحياة الزوجية مستحيلاً.

---

[1] سيمسون المرجع السابق ص٣٨. الشرقاوي المرجع السابق ص١٠٥.

وعلى الرغم من قيام سبب من هذه الأسباب فان للمحكمة رفض الطلب في الحالات الآتية:

أ ـ إذا أقر المدعي بخطأه .

ب ـ إذا لم يثبت خطأ المدعى عليه .

ج ـ إذا كان للزوجين أولاد قاصرون والطلاق يحدث ظروفا غير مؤاتيه لصالح تربيتهم.

٦ ـ الاجراءات القضائية[1]:

فرض المشرّع السوفيتي في قانون ١٩٤٤ اتباع اجراءات قضائية شديدة كوسيلة من وسائل تقليل حوادث الطلاق، وهذه الاجراءات هي أن كل طلاق يكتسب الحكم به من القضاء يجب أن يمر بمرحلتين:

المرحلة الأولى:

هي أن يعرض طلب الطلاق على محكمة درجة دنيـا مـن درجـات التقاضـي، فطلـب الطلاق بموجب القانون يعرض على محكمة الشعب التي تقع في منطقة طالب الطلاق، وهي بدورها تحيل الطلب الى محكمة الشعب المختصة طبقـا للقواعـد الاختصـاص في القانون السوفيتي، وعلى هذه المحكمة اتخاذ الاجراءات التالية:

أ ـ طلب حضور شاهدين، والاستفسار عن بواعث الطلاق.

ب ـ استماع شهود كل من الزوجين اذا رأت داعيا لذلك.

ج ـ تكليف طالب الطلاق بان ينشر في جريدة محلية على حسابه نبأ طلب طلاقه مع بيان إسم الزوجين ومحل اقامتهما. فان لم يتمكن المدعى عليه من الحضور بنفسه جاز اخذ اقواله عن طريق الانابة[2].

د ـ محاولة التوفيق بين الزوجين. فان نجحت المحاولة حكمت بانقضاء الدعوى بالتوفيق، وان فشلت حكمت بانتهاء دورها في النظر في الدعوى وحررت محضرا لتثبيت جميع الاجراءات التي تمت أمّامها.

المرحلة الثانية:

اذا لم ينقض طلب الطلاق بالاصـلاح والتوفيـق بـين الـزوجين أمّـام المحكمـة الأولى لطالب الطلاق أن يلجأ الى محكمة أعلى درجة. وهـي قـد تكـون محكمـة الاقلـيم، أو

---

[1] مجموعة BRAS IE ص٣٢٥ . الشرقاوي ص١٠٦.

[2] أنظر المرجعين السابقين.

المركز، أو المدينة، أو حتى المحكمة العليا للجمهورية عضـو الاتحـاد حسـب قواعـد التنظيم القضائي في كل جمهورية، وعليهـا أن تـدعو الى حضـور الـزوجين أمامهـا والمناقشة لتتولى الفصل في الطلب. وعادة تكون جلسات هذه المحكمة علنية، مـا لم يطلب أحد الزوجين سريتها. وقد ثبت أن محاكم الشعب قد حققت نجاحا كبيرا في كـثير من الاحيان في الاصلاح والتوفيق بـين الـزوجين اذ بلغـت نسـبة التوفيـق في اقلـيم تشرنيجوف من جمهورية أوكرانيا ٥٤٪ كما بلغت ٥٦٪ في اقليم ريـزان مـن مجمـوع الطلبات المعروضة على القضاء المختص[1].

٧- الرسوم :

تعتبر الرسوم المفروضة على طالب الطلاق عاملا أضافه المشرّع السوفيتي الى العوامل الأخرى المقيّدة لحرية الارادة في الطلاق، لتضييق نطاقه فبموجب المادة (٢٧) من القانون المذكور، يجب دفع مبلغ يتراوح بين (٥٠٠-٢٠٠٠) روبل، حيث لا يحكم بالطلاق ما لم يسدد هذا الرسم، وتحديده يتم من قبل المحكمة، كما أن الطرف الملزم به يحدد ايضا من قبلها، لكن غالبا يميل القضاء الى فرضه على الراغب في الطلاق. ويلاحظ أن هذا المبلغ كان يشكل عبئا ثقيلا بالنسبة لذوي الدخول المحدود، ولكن على الرغم من ذلك اعتبره المشّرع السوفيتي وسيلة من وسائل تقليل حوادث الطلاق.

٨- عدم التسرع في استجابة الطلب:

أصدرت الجمعية العامة للمحكمة العليا لاتحاد الجمهوريات السوفيتية الاشتراكية مرسوما في ١٦/ ايلول/١٩٤٩[2] يتضمن توجيهات للقضاء بان يأخذ بنظر الاعتبار تدعيم استقرار العائلة السوفيتية، وان لا يعتبر اسبابا مقبولة للطلاق كل خلاف عارضي في العائلة أو أي نزاع بين الزوجين لاسباب طارئة أو مؤقتة أو مجرد رفض احد الزوجين بلا مبرر البقاء في رابطة الزوجية، وان يراعي اتجاه المشرع السوفيتي نحو محاربة الطلاق والتوفيق بين الزوجين قدر الامكان.

---

[1] David ص٣٢٢.

[2] ونشر في جريدة البرافدا في ١٥/ تشرين الأول/١٩٤٩.

٩ـ الرقابة القضائية على اجراءات الطلاق:

ألزم القانون المحاكم العليا بمراقبة محاكم الشعب التي تنظر في قضايا الطلاق، للتأكد عن مدى التزام هذه المحاكم باتباع الاجراءات المطلوبة، وعن مدى ما بذلته هذه المحاكم من الجهود للتوفيق بين الزوجين. ويلاحظ أن اختلاف المبادئ التي صدر عنها تنظيم الزواج والطلاق في التشريعات السوفيتية المتتالية لم يكن وليد الصدفة، وانما كان مبنيا على التجربة الفعلية والنتائج السلبية لفوضى الطلاق. فبعد تجربة مسأوئ الزواج الفعلي ثبت للمشرع السوفيتي والمفكرين منهم أن الغرض من الزواج ليس اشباع الرغبات الجنسية فحسب، وانما الهدف الاساس تكوين اسرة سعيدة مستقرة مبنية على أسس من المحبة والمودة والسكينة لتكوين جيل جديد صالح، كما نص على هذه الحقيقة القرآن الكريم قبل زهاء ألف وأربعمائة سنة في قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أن خَلَقَ لَكُمْ مِنْ انفُسِكُمْ أزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً أن فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[1].

ثم أن الزام القضاء بعدم التسرع الى الحكم بالطلاق، وباللجوء الى محاولة التوفيق والاصلاح بين الزوجين قبل اتخاذ أي قرار اخر، هو ما نص عليه القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَإن خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أهْلِهَا أن يُرِيدَا إصْلاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾[2].

ولكن الذي يدعو الى الشعور بالمرارة هو أن الدول التي لاتدين بالشريعة الاسلامية تطبق احكام الاسلام في بعض القضايا، اكثر مما يطبقها العالم الاسلامي والقضاء في البلاد الاسلامية.

احكام الطلاق في القانون المعمول به حاليا:

استقر اتجاه المشرّع السوفيتي على الأخذ بفكرة الطلاق المقيد وعدم اعطاء المجال للطلاق الكيفي، وانهيار الكيان الزوجي ما لم تكن هناك ضرورة ملحة تدعو الى ذلك.

---

[1] سورة الروم: ٢١.

[2] (وَإن خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أهْلِهَا أن يُرِيدَا إصْلاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا أن اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً) (النساء:٣٥).

فقد قرّر القانون التزام المحاكم بالأسباب المبررة، وعدم اللجوء الى اتخاذ قرار الحكم بالطلاق ما لم تقتنع بأن استمرار الحياة الزوجية بات أمرا غير ممكن.

ويمكن تلخيص أهم القيود التي يفرضها القانون الحالي على ارادة الزوجين في الطلاق بمايلي:

١ـ لايحق للزوج بدون موافقة زوجته طلب الطلاق خلال فترة الحمل، وبعد مرور سنة على ولادة الطفل.

٢ـ لاحكم بالطلاق ما لم يثبت للمحكمة عدم امكان استمرار الحياة الزوجية وعدم اضرار الطلاق بالأولاد القاصرين، وبالزوج الآخر (المدعى عليه). أي: يجب أن لا يكون الطلاق مضرا بمصلحة الزوجين والأولاد والمجتمع.

وقد نص على ضرورة رعاية هذه المصالح قرار اتخذ من قبل هيئة المحكمة العليا للاتحاد السوفيتي في ٢٨/تشرين الثاني/١٩٨٠ باسم تطبيق المحاكم للقوانين المتعلقة بقضايا الطلاق، والمنشور في وقائع (بوليتين) المحكمة العليا للاتحاد السوفيتي ١٩٨١م العدد الأول (ص١٢ـ ص١٧) ومضمونه: (على المحكمة أن تتخذ كافة الاجراءات الممكنة لغرض حل النزاعات بين الزوجين، والحفاظ على العائلة. فالزوج ليس من حقه أن يطلب الطلاق عندما تكون الزوجة حاملا، وكذلك ليس له هذا الحق في حدود سنة بعد وضع الحمل. وليس للمحكمة اعطاء المجال للطلاق خلال هذه الفترة).

وينص المنشور ايضا على أنه في حالة اتخاذ المحكمة القرار بالطلاق (عند عدم الاصلاح) عليها أن تتخذ كافة الاجراءات الضرورية لحماية مصالح الاطفال غير البالغين، والزوجات غير العاملات ممن لا يملكن موردا للمعيشة.

٣ـ يجب دفع الرسم. وهو مبلغ (١٠) روبلات عند تقديم الطلب وبعد صدور القرار تقرر المحكمة المبلغ الواجب الدفع من احد الزوجين أو كليهما في حدود (٥٠ـ٢٠٠) روبل. ويرتبط تقدير المبلغ بمقدار الراتب لكل من الزوجين والمتسبب للطلاق[1].

٤ـ لا يعتد بالزواج الفعلي (غير المشروع) وان تم تسجيله بالطرق الاصولية، فلا تتخذ اجراءات الطلاق لهذا الزواج، لانه يعتبر باطلا من اساسه، حيث تنص المادة (١٥) من قانون العائلة السوفيتي المعمول به حاليا على أنه يعتبر عقد الزواج باطلا في

[1] أنظر: أ. م. نيجايفا ـ الزواج، العائلة، القانون ـ موسكو ١٩٨٤م/دار العلم للطباعة ـ ص٥٨ وما بعدها. وقد تفضل بالترجمة مشكورا الزميل الدكتور صالح العبيدي من اللغة الروسية.

حالة الخروج على الشروط المنصوص عليها في المادة العاشرة من هذا القانون،[1] ومن أهم الأسباب المبررة في الوقت الحاضر:

أ ـ فقدان الاهلية المدنية لاحد الزوجين بسبب مرض عصبـــي أو تخلـف عقلـي يـجيز للآخر طلب الطلاق.

ب ـ الحكم على أحد الزوجين بالحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات.

ويلاحظ أن المشرع السوفيتي اعتبر مجرد الحكم بعد اكتسابه درجـة البتـات سـببا مبررا لطلب الطلاق بدون التاجيل لفترة زمنية تمضي على الحكم. وهذا ما اخـذ بـه المشرع العراقي كما ذكرنا[2].

ج ـ فقدان احد الزوجين: فاذا ثبت بموجب قرار من المحكمة أن احد الزوجين في عداد المفقودين، يحق للاخر طلب الطلاق. ويلاحظ على هذا الحكـم أن المفقـود اذا اعتـبر القاضي ميتا فرضا، تنتهي رابطة الزوجية فلا داعي الى الحكم بالطلاق بعد ذلك.

٥ـ في حالة حصول موافقة الزوجين على الطلاق وعدم وجود اطفال قاصرين، تجري اجراءات الطلاق في زاكس (المراكز المدنية الخاصة بتسجيل الزواج) وفي هذه الحالة لا تصدر وثيقة الطلاق الا بعد مضي ثلاثة أشهر على تاريخ تقديم الطلب للتفريق.

وتنظيم احكام هذه المسائل وفق قانون الزواج والاسرة للاتحاد السوفيتي لعام ١٩٦٨ .

ومن الجدير بالذكر أن طريقة تطبيق القانون الموحد على جميع الجمهوريات المكونة للاتحاد السوفيتي لم تعد معمولا بها منذ صدور قانون ١٩٦٨ واستنادا اليه صدرت القوانين للجمهوريات من ١٩٦٩ـ١٩٧٠ وأخذت بالخطوط الرئيسة العريضة مراعية معتقدات وعادات كل جمهورية في الزواج والطلاق، خلافا لما كانت عليه القوانين السابقة[3].

---

[1] أنظر كتاب القوانين والاحكام الاساسية في التشريع السوفيتي الصـادر عـام ١٩٧٢ في موسـكو الجزء الثاني ص٣٤٧ ومابعدها. وقد تفضل بالترجمة مشكورا الزميل الـدكتور حكمـت شـبر من اللغة الروسية.

[2] ص٢٥٠.

[3] أ. م. نيجايفا المرجع السابق ص٥٨ـ٧٣ باللغة الروسية.

المبحث الثاني
الطلاق في النظام الأمريكي

المبدأ السائد المقرر والمعمول به حاليا لدى المحاكم الأمريكية، هو أنه يحق لكل من الزوجين أن يرفع دعوى الطلاق الى المحكمة اذا استطاع أن يقنعها بانه غير سعيد في حياته الزوجية، ولا يستطيع الاستمرار عليها، ولكنه غير ملزم بأن يثبت أمام القضاء توفر الخطأ من الزوج الآخر. وللمحكمة اصدار قرار الطلاق اذا اقتنعت بأنه لا مجال لتسوية الخلافات الزوجية بينهما، واعادة الوئام والصفاء والمودة اليهما.

وجملة الكلام: أنّ الأسباب التي تتقيد بها المحاكم الأوربية لم يعد لها وجود بالنسبة للقضاء الامريكي، بل الاتجاه السائد خلال السبعينات من هذا القرن هو أنه يكفي لان تتخذ المحكمة قرارا بانحلال الزواج كلما اقتنعت من الأدلة التي يقدمها طالب الطلاق بانه لا يبدو في الأفق ما يشير الى امكان اعادة الصفاء والسعادة لحياتهما الزوجية.

وقد بدأ هذا الاتجاه منذ عام ١٩٧١[1] بعد أن كان التشريع الامريكي في بعض الولايات متأثراً بمذهب البروتستانت المسيحي في الزواج والطلاق، ولم يسمح في تلك الولايات بالطلاق الا لسبب واحد وهو الخيانة الزوجية، وقد ساد الأخذ بهذا التقييد الضيق منذ فترة طويلة استمرت الى بداية السبعينات، حيث عدل المشرع الأمريكي عن ذلك الى التوسع في دائرة الطلاق بعد أن ثبت سوء استعمال هذا السبب، حيث كان كل زوج لا يرغب في العيش مع الزوج الآخر ولا يشعر بتوفر السعادة معه يتهمه بالخيانة الزوجية ويرفع دعوى الطلاق الى القضاء.

أمّا المعيار المعمول به حاليا لدى المحاكم الامريكية فهو أنه متى ما أمكن أحد الزوجين إقناع القضاء بانه لايستطيع الاستمرار في الحياة الزوجية القائمة، يحق له أن يرفع اليه دعوى طلب الطلاق، ويبرر الامريكيون الأخذ بهذا المعيار بانه هو الذي يتمشى مع غير

---

[1] أنظر: WEYRAUCH KATZ: AMERICAN FAMILYLAWINTRANSITION (1982) U. S. A P. 309 وقد تفضل بالترجمة مشكورا الزميل الدكتور ممدوح عبد الكريم.

وسعادة الانسان[1].

وحتى قبل هذا التوسع لم يخضع الشعب الأمريكي كلـه لمبـدأ عـدم أنفصـام الـزواج الا للخيانة الزوجية، حيث يقول ادوارد وسترمارك: (عندما ننتقل من القوانين الى التطبيق نجد أنّ نسبة الطلاق في الولايات المتحدة الأمريكية أكبر منها في أي بلد أوربي، وقد يكون عدد حوادث الطلاق فيها عدده في البلاد الأوربية مجتمعة، وقد أخذت حوادث الطلاق في الزيـادة تدريجيا)[2]. ويقول ويلكوكوس وهو يتحدث عن الولايـات المتحـدة الامريكيـة: (ان قرابـة ٩٥٪ من حوادث الطلاق في المدينة الكبيرة أكـبر منهـا في الـبلاد الأخـرى مـن الولايـات المتحدة)[3].

وبعد أن تقرر مبدأ التوسع والأخذ بالمعيار المذكور في القانون ١٩٧١ بذلت جهود ومحاولات للأخذ بالطلاق المقيّد باسباب يحددها القانون، لكن على نطاق أوسع، واقترحت لجنة دراسة قانون الطلاق في أمريكا تسعة أسباب للحصول على قرار الطلاق من القضاء الأمريكي وهي:

١ـ الخيانة الزوجية.

٢ـ الهجر المتعمد دون عذر لمدة تزيد عن سنتين.

٣ـ ارتكاب جريمة من احد الزوجين بعد اتمام زواجهما.

٤ـ تعاطي المسكرات (الكحوليات) بصورة مزمنة.

٥ـ اصابة أحد الزوجين بمرض عقلي لا يرجى شفاؤه بناء على تقرير طبـي صادر من الجهات الرسمية. على أن يستمر المرض مدة لا تقل عن ثلاث سنوات من تاريخ رفع دعوى الطلاق.

٦ـ سوء السلوك واساءة معاملة أحد الزوجين مع الآخر بما لايتفق مع كرامة الانسان.

٧ـ ظهور حمل الزوجة في وقت لا يمكن نسبته الى الزوج، وانما هو من رجل آخر غير الزوج[4].

---

[1] المرجع السابق ص٣٠٢ .

[2] ادوارد وسترمارك: قصة الزواج ص٣٢٣ـ٣٢٤.

[3] المرجع السابق ص٣٢٤.

[4] فاذا وضعت الزوجة حملها قبل مضي ستة اشهر على زواجها فـان ذلك يـدل علـى أن الحمل ليس من هذا الزوج.

٨ـ الانفصال الجثماني ما بين الزوجين بعد رفع الدعوى مدة لا تقل عن ثلاث سنوات[1].

٩ـ وجود طفل غير شرعي أو اكثر لاحد الزوجين:

أ ـ اذا لم يكن الزوج الاخر على علم بذلك وقت الزواج.

ب ـ إذا كان الطفل غير الشرعي أو الاطفال غير الشرعين مع الزوجين في السكن.

ولكن لم تحظ هذه المقترحات بقبول السلطة التشريعية الأمريكية. وجاء القسم ٥٩٨/١٧ في تعديل القانون لعام ١٩٧٢ ليؤكد أنّ إنهيار الزواج هو السبب الوحيد لاصدار المحكمة قرارا بالطلاق، ولم يعط اية اهمية لبقية الأسباب، لاسيما تلك التي تفترض قيام عنصر الخطأ والتقصير. وأعطى حرية واسعة وسلطة تقديرية للمحكمة لتتصرف في ضوء الواقع الزوجي القائم حين رفع دعوى الطلاق.

آثار الطلاق:

نص القانون الامريكي الاصلاحي لعام ١٩٧١ القسم ٥٩٨/٢١ لولاية أيوا (النموذجي) على أنّ المحكمة التي تصدر قرارا بالطلاق والتفريق، عليها أن تتخذ القرار أيضا بصدد ما يلي:

أ ـ الأطفال.

ب ـ النظام المالي للزوجين.

ج ـ النفقة للزوجة والأطفال التي لها من الأسباب ما يبررها ويحق للمحكمة عندما تستدعي الظروف اعادة النظر في القرارات المتخذة بهذا الصدد.

وأكّد القسم ٥٩٨/١٧ من نفس القانون المعدل لعام ١٩٧١ أن على المحكمة التي تحصل لها القناعة التامة بأن الزواج لم يعد ممكنا دوامه بين الطرفين من خلال الأدلّة المقدمة لها من طالب اصدار القرار بالطلاق وكون القرار بالطلاق مستندا الى اصابة الزوج الآخر (المدعى عليه) لا يعفي طالب الطلاق من الالتزام المفروض عليه قانونا باعاشة الطرف المصاب عقليا، فعلى المحكمة بالاضافة الى اصدار قرار الطلاق أن تصدر الحكم بالنفقة لهذا المصاب.

[1] اذا حصل الانفصال الجثماني، وهو حالة بين اللازواج واللاطلاق يجوز لأحدهما أن يطلب الطلاق ليحل محل الانفصال اذا وافق القضاء.

وبمقتضى الاصلاح القانوني المذكور تكون المعايير التي تعتمد عليها المحكمة في اصـدار القرار بالنفقة ما يلي:

١ـ ضروريات الزوجة مدى حاجتها الى الاعتماد على مال الزوج.

٢ـ القابلية المالية للزوج.

٣ـ مستوى الحياة التي كانت الزوجة قد اعتادت عليه اثناء قيام الحياة الزوجية بينهما قبل الطلاق.

٤ـ مدة استمرار رابطة الزوجية قبل الطلاق.

٥ـ عدد الاطفال من هذا الزواج.

٦ـ الحالة الصحية والجسمانية للزوجين، وتحديد الطرف المسبب لفشل الزواج.

٧ـ مدى مساهمة الزوجة قبل الطلاق في انجاح عمل الزوج وتكوين ثروته وأمواله.

٨ـ أي عنصر آخر يسهم في تقريب العدالة والانصاف بينهما.

هذا ما ورد في القانون الموحد النموذجي للولايات المتحدة الامريكية لعام ١٩٧١ القسم (ي) ٣٠٢.

وبموجب هذا القانون أيضا أن النفقة الزوجية للزوجة المطلّقة تستمر مدى الحياة، أو لحين زواجها من زوج آخر، أو لحين وفاة الزوج.

لكن في الوقت الحاضر هذه النفقة بعد مرور خمس سنوات على الطلاق لا يكون الزوج مسؤولا عن الاستمرار على تقديمها، ولهذا على الزوجة المطلقة التي لها القابلية على العمل وتملك المؤهلات أن تبحث عن عمل في حالة عدم وجود اطفال صغار دون سن (١٨) من الزوج، بحيث يمنعونها من البحث عن عمل يضمن لها معيشة ملائمة.

وبموجب القانون المذكور أن أيّ تغيير في ظروف المعيشة زيادة أو نقصانا بالنسبة للزوجة المطلّقة والأطفال، يتطلب أن تعيد المحكمة النظر في قرار تقدير النفقة تبعا لظروف كل قضية وملابساتها[1].

ويمكن اعتبار هذه الاعباء المالية المترتبة على الطلاق قيدا يساهم في تضييق نطاق حوادث الطلاق في أمريكا.

[1] أنظر: american family law in transition by:
walter o. weyrauch and sanford n. katz (1982) p. 302, 307, 339



الفصل الثاني
الطلاق في قوانين بعض الدول الأوربية

نتناول في هذا الفصل بحث أحكام الطلاق من حيث مدى الطلاق وتقييد حرية ارادة الزوجين فيه، ونقتصر على أهّم هذه القوانين ضمن أربعة مباحث:

نخصص الأول للقانون الانجليزي،
والثاني للالماني،
والثالث للايطالي،
والرابع للفرنسي.

المبحث الأول

الطلاق في القانون الانكليزي

لم يستمر نظام الطلاق في بريطانيا على نمط واحد، شانه شان بقية القوانين الوضعية في الدول المتاثرة بالتعاليم المسيحية، وبصورة خاصة كانت معتنقة للمذهب الكاثوليكي الذي لم ولن يعترف بالطلاق أيا كان السبب.

وقد كان الصراع مستمرا منذ زمن بعيد بين القانون الوضعي وبين الكنيسة حول قضايا وأحكام الزواج وبوجه خاص في موضوع الطلاق كما يتضح لنا من التطور القانوني الآتي:

قانون ١٨٥٧:

قبل هذا القانون كانت دعاوى الزواج خاضعة لقواعد قانون الكنيسة، وكان النظر فيها من اختصاص محاكم الكنيسة الكاثوليكية التي لم تسمح الا بالانفصال الجثماني (حالة اللازواج واللاطلاق). لكن في نهاية القرن السابع عشر نشأ عرف بمقتضاه يجوز الحصول على الطلاق بقرار من البرلمان، غير أن اللجوء الى هذه الطريقة لم يكن كثيرا بسبب تكاليفها الباهظة من جهة، ومن جهة اخرى لم يكن البرلمان يحكم بالطلاق ما لم تكن الكنيسة قد قضت بالانفصال بين الزوجين قبل ذلك[1].

ولما صدر قانون ١٨٥٧م ـ وهو خاص بدعاوى الزواج ـ أنتزع اختصاص المحاكم الكنسية في قضايا الزواج، وسلّمه الى المحاكم المدنية.

وأباح الطلاق لسبب واحد وهو الزنا، ولم يعتبر المشرّع الانجليزي نفسه في اقرار هذا السبب خارجا على التعاليم المسيحية، باعتبار أنّ الطلاق أباحه الانجيل لسبب الزنا، كما هو المقرر في تفسير مذهب البروتستانية. غير أنّ هذا القانون فرّق بين الزوجين في مدى التمسك بهذا السبب لغرض طلب الطلاق، فقد سمح للزوج أن يطلب الطلاق لزنا زوجته مطلقا، في حين لم يكن للزوجة هذا الحق المطلق، فلم يسمح لها أن تطلب الطلاق لمجرد زنا زوجها، بل لا بد أن

---

[1] أنظر: لرماجون ونولده وولف: القانون المقارن فقرة ٧٣١. نقلا عن استاذنا الدكتور جميل الشرقأوي: أنحلال الزواج في حياة الزوجين واسبابه في التشريعات الأوربية ص٥٦.

ينضم اليه سبب آخر كسوء معاملته معها، أو كون الزنا بالمحارم، أو كون الـدخول بزوجـة ثانية عقد عليها مع قيام الزواج الأول (التعدد)، أو كون الزوج غاصبا، أو هجره لها مـدة لا تقل عن سنتين. غير أن هذا التمييز بين الزوجين ألغي بتعـديل ١٩٢٣م، فأصـبح بموجبـه لكل من الزوجين طلب الطلاق لثبوت زنا الآخر. غير أنه بقي تمييز آخر وهو أنّ رفع الدعوى بالطلاق من الزوج يتطلب ادخال شريك الزنا (الزاني) كمدعى عليه مـا لم تُعفـه المحكمـةُ من ذلك، بخلاف دعوى الزوجة فلا يطلب منها ادخال شـريكته (المزنـي بهـا) مـا لم يطلبـه القضاء.[1]

ومن الجدير بالذكر أنّ دعوى كل منهما ترفض اذا كان الزنا بتحريض الآخر، أو صَفَح عنه، أو ثَبَتَ للقضاء أنّ طلب الطلاق بسبب الزنا ليس الا نتيجة تواطؤ بين الزوجين.

قانون ١٩٣٧:

بذل هربرت احد اعضاء مجلس العموم البريطاني جهوداً كبيرة لتعديل قانون الطلاق في أنكلترا، فقدم مشروع قانون ١٩٣٧ وقد استغرق اعداده ثلاث سنوات متواصلة من جهوده حتى عرف في الصحافة، وفي مناقشات المجالس بقانون هربرت herbert bill غير أن هذا المشروع لقي معارضة شديدة بسبب عدم ترحيب الكنيسة الانجليكانية، وقسس الكنيسة الكاثوليكية.

ولهذا لم يحظ بتأييد الحكومة ولم يوافق عليه مجلس العموم الا بعد مناقشات حادة وتأجيلات متعددة. واخيرا تمت الموافقة عليه فصدر في سنة ١٩٣٧م.

ويعتبر هذا القانون أهّم اصلاح قانوني في بريطانيا منذ سنة ١٨٥٧م وترجع هذه الاهمية الى استحداث أسباب للطلاق، وهي لم تكن معروفة قبله.

وتدّل هذه الأسباب على تغير نظرة المشّرع الانجليزي من حيث الخروج على تعاليم الكنيسة، ومن حيث اعتبار الطلاق علاجا لا عقابا.

---

[1] الشرقاوي المرجع السابق ص٥٨.

وقد اضاف القانون الجديد الى سبب الزنا الثابت بالقانون السابق أسبابا أخرى وهي[1]:

١ـ الهجر: اذا هجر أحد الزوجين زوجه دون عذر فللاخر طلب الطلاق أمام القضاء اذا توفرت الشروط التالية:

أ ـ أن يكون الهجر مستمرا مدة لا تقل عن ثلاث سنوات حتى وقت رفع الدعوى.

ب ـ أن لا يكون الهجر بموافقة الطرف الآخر.

ج ـ أن لا يكون هناك سبب قانوني يبرر الهجر كمرض، أو سفر لاكمال الدراسة.

د ـ حق طلب الطلاق خاص بالمتضرر (المهجور) فلا يحق ذلك للآخر.

٢ـ القسوة: اذا عامل احد الزوجين الآخر بقسوة أو أساء معاملته إساءة لا تحتمل معها الحياة الزوجية فللآخر طلب التطليق.

٣ـ المرض العقلي اذا استمر خمس سنوات.

٤ـ للزوجة حق طلب الطلاق اذا ارتكب زوجها جرائم مخالفة للآداب والنظام العام كجريمة الغصب، واللواطة، ومواقعة الحيوان[2] ويلاحظ: أن هذا القانون أن توسع في اسباب الطلاق فانه شدد من ناحية أخرى على تقييد حرية الارادة بالنسبة لاجراءات رفع دعوى الطلاق أو الانفصال الجثماني، حيث قرر أنه لا تسمع دعوى الطلاق أو الانفصال ما لم تمض على الزواج مدة لا تقل على ثلاث سنوات. لكن استثنى من هذه القاعدة بعض الحالات وهي:

أ ـ حالة استحصال اذن قاضي المحكمة العليا برفع الدعوى قبل هذه المدة.

ب ـ حالة كون راغب الطلاق في معيشة غير اعتيادية بحيث لا يتحمل الاستمرار في

---

[1] ولم يكتف بتعديل أحكام الطلاق والانفصال بل عدل أحكام بطلان الزواج أيضا واستحدث أربعة أسباب تجعل الزواج باطلا بطلانا نسبيا وهي:

١ـ رفض الزوج بارادته الدخول.

٢ـ اصابة الزوج المدعى عليه عند الزواج بمرض زهري معد.

٣ـ ظهور حمل الزوجة عند الزواج من غير الزوج.

٤ـ ظهور أحدهما عند الزواج مختل العقل أو ضعيف الادراك.

المادة (٧) من القانون المذكور.

[2] الشرقاوي: المرجع السابق ص٦١. مستر فردريك كودي: القانون الدولي والملي الخاص ص٢٢٥. المراغي: الزواج والطلاق في جميع الاديان ص٢٨٦. ادوارد وسترمارك: قصة الزواج ص٣١٧ ومابعدها

الحياة الزوجية.

ج ـ حالة اخلال سلوك الزوج الآخر.

د ـ حالة استلزام مصلحة الأولاد للتعجيل[1].

قانون ١٩٥٠:

صدر قانون تنظيم اجراءات دعاوى الزواج في ١٢/٤/١٩٥٠ غير أنه لم يأت بتغيير جوهري على تنظيم أحكام الطلاق التي جاء بها قانون ١٩٣٧ حيث حددت المادة الأولى منه نفس الأسباب السابقة، فلكل من الزوجين طلب الطلاق للزنا، أو الهجر، أو القسوة، أو الجنون. وللزوجة هذا الحق في حالة ارتكاب الزوج بعض الجرائم كما في التفصيل الآتي:

١ـ الزنا: زنا احدهما يبرر حق طلب الطلاق للاخر. والمقصود من الزنا انصراف الارادة الى العلاقة الجنسية وان لم تحصل المخالطة الجسدية (م١/أ).

٢ـ الهجر: هجر احدهما يبيح للطرف الآخر طلب الطلاق بعد مرور ثلاث سنوات عليه سواء كان هجرا ماديا (ترك المساكنة) أم هجرا معنويا (ترك المعاشرة ولو عاشا تحت سقف واحد) (م١/ب).

٣ـ القسوة: اذا عامل احدهما الآخر معاملة سوء، فله طلب الطلاق سواء كان الايذاء ماديا ام معنويا (م١/ج).

٤ـ للزوجة طلب الطلاق عند ارتكاب الزوج بعض الجرائم كالغصب واللواطة ومواقعة الحيوان.

فهذه الأسباب كلها اقرها قانون ١٩٣٧ فلم يأت قانون ١٩٥٠ الا ببعض التفصيلات الاضافية منها:

ان للمحكمة رفض طلب الطلاق في الحالات التالية:

أ ـ اذا كان طلب الطلاق متلبسا بنفس السبب مثلا لا يجوز لاحدهما أن يطلب الطلاق مستندا الى الزنا الآخر مادام هو قد ارتكب نفس الفعل.

ب ـ اذا كان راغب الطلاق مهملا أو مقصّرا تجاه المدعى عليه أو كان سيء السلوك.

---

[1] أنظر classeur juris : القانون المقارن بريطانيا رقم (٥٠) مجموعة bras le ص٢٣ نقلا عن الشرقاوي المرجع السابق ص٥٧.

ج ـ اذا تأخر عن رفع الدعوى بعد العلم بالسبب ودون عذر تأخرا يمكن تفسيره بالصفح عما قام به الآخر[1].

وبموجب قانون ١٩٥٠ اذا توفر سبب الطلاق وانتفى مانع قبول الدعوى تصدر المحكمة حكما مضمونه: أن الزواج سينحل بالطلاق ما لم يظهر خلال ستة اشهر (ان لم يحدد أجل أقصر) من تأريخ الحكم ما يحول دون صيرورته نهائيا، وللنيابة العامة خلال هذه المدة حق الاعتراض طالبا من المحكمة الرجوع عن الحكم اذا ثبت أن هناك ما يحول دونه، كتواطؤ الزوجين أو أية واقعة أخرى مؤثرة على الحكم وهي خافية على المحكمة[2]. ولكل مواطن إخطار النيابة بما يتعارض مع الحكم، ولها أن تتحرك نحو الاعتراض كلما اقتنعت بقيام ما يبرر الرجوع عن الحكم.

واذا أنتهت المدة دون اعتراض فلمن طلب الطلاق أن يطلب من المحكمة خلال مدة معقولة أن تحول الحكم الأول الى طلاق نهائي وتسلّمه صورة من حكم الطلاق. والا فللطرف الآخر أن يطلب ـ خلال ثلاثة أشهر من تأريخ إنتهاء المدة ـ من المحكمة رفض الطلب والرجوع من الحكم على أساس أن المدعي لم يتبع الأصول الإجرائية[3].

الانفصال الجثماني:

قانون ١٩٥٠ كما أقرّ الطلاق للأسباب المذكورة، فقد اعترف بالانفصال الجثماني لنفس الأسباب، فاذا قدم أحدهما طلبا مستندا الى أحد أسباب الطلاق وصدر الحكم به، فانه يترتب عليه وقف المعاشرة بين الزوجين مع بقاء رابطة الزوجية. اذا يمكننا أن نقول أنه حالة بين اللازواج (لانه لا معاشرة ولا التزام ولا توارث)، وبين اللاطلاق لان كلا منهما لايستطيع أن يُقدِم على زواج جديد ما دام الآخر على قيد الحياة.

وقد بيّنا فيما سبق النتائج السلبية للانفصال الجثماني وبصورة خاصة بالنسبة لمن لم يدخل بعد مرحلة الشيخوخة.

---

[1] استاذنا الشرقاوي المرجع السابق ص٦٨ وهو بدوره نقله عن مجموعة bras le ص٣٦. وتطلب المحكمة تبرير تأخير الزوج عن طلب الطلاق اذا كان قد زاد عن سنتين من علمه بسببه.

[2] ينظر المادة (١٢) من قانون١٩٥٠.

[3] مجموعة bras le ص٣٥ نقلا عن الشرقاوي ص٦٩ .

القانون المعمول به في الوقت الحاضر[1]:

هنالك مجموعة قوانين لا تزال هي المعمول بها في أنكلترا وهي:

- قانون الطلاق المعدل بقانون اصلاح الطلاق ١٩٦٩م.
- قانون الطلاق الموحد (قانون الاحوال الزوجية) ١٩٧٣م.
- تعديلات قانون المرافعات الزوجية ١٩٨٤م.

وفيما يتعلق بتنظيم الطلاق في هذه القوانين نجد أحكاما منها ما كانت مقررة في القوانين السابقة، ومنها ما هي مستحدثة كما في التفصيل الآتي:

أ ـ لا يجوز رفع دعوى طلب الطلاق من قبل أي من الزوجين الى المحكمة المختصة ما لم تمض سنة واحدة على تأريخ الزواج[2].

ب ـ لا مانع من تقديم طلب الطلاق بعد التاريخ المذكور مستندا الى سبب واقع قبله[3].

ج ـ يحق لكل من الزوجين طلب الطلاق من المحكمة اذا كان هنالك سبب يبرره، ويكون بحيث يتعذر معه الاستمرار في الحياة الزوجية. وللمحكمة الحكم به اذا اقتنعت بانه لاسبيل لاصلاح ما اصاب الزواج من الخلل[4].

د ـ وفي جميع الاحوال لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالطلاق ما لم يقنعها المدعي بقيام سبب أو أكثر من الأسباب الاتية[5] وفقا للفقرة الأولى من المادة الثانية من قانون الاحوال الزوجية:

---

[1] ينظر: In england divorce
releuant statutes
d.r.a 69l aw of dvorce reformed by divorce reform act 1969
m.c.a73 law of divorce consolidated matrimonial causes act 1973
m.p.a 84 amendments matrimonial proceedings act 1984
وقد تفضل بالترجمة مشكورا الزميل الدكتور صالح جواد الكاظم.

[2] ينظر المادة (١/٣١) من قانون الاحوال الزوجية، المادة (١) من قانون المرافعات الزوجية.

[3] أي يجوز لاحد الزوجين بعد مضي سنة على الزواج أن يقدم طلبا للطلاق لسبب يبرره، وكان هذا السبب واقعا خلال السنة المذكورة.

[4] ينظر المادة (١/١) من قانون الاحوال الزوجية.

[5] ومتى ما ثبت سبب أو أكثر من هذه الأسباب وحصلت لدى المحكمة القناعة بالخلل القائم في الحياة الزوجية، على القاضي أن لا يتسرع في اصدار الحكم بالطلاق بل يلجأ الى تاجيل المرافعة كمسعى للتوفيق بين الزوجين ما دام هناك بصيص من امل الاصلاح. أنظر المادة (٢/١) من قانون الاحوال الزوجية.

١ـ الزنا: اذا ارتكب أحد الزوجين الزنا يحق للزوج الآخر أن يطلب الطلاق اذا توافرت الشروط التالية:

أ ـ اثبات واقعة زنا المدعى عليه أمام القضاء.

ب ـ أن يرى المدعي أن العيش مع المدعى عليه بعد هذه الواقعة أمر لا يطاق. ومعيار امكان استمرار الحياة الزوجية وعدم امكانه شخصي وليس موضوعيا حيث لاتوجد صلة ضرورية بين واقعة الزنا من احد الزوجين وبين عدم امكان استمرار الزواج. ومن هذا المنطلق فان الزنا في نظر القانون الانجليزي المعمول به حاليا لا يعتبر لذاته كافيا لطلب الطلاق بل يجب أن تترتب عليه زعزعة الحياة الزوجية في اعتقاد الزوج المدعي.

ج ـ أن لا يتأخر المدعي في رفع الدعوى بعد العلم بالسبب تأخرا يدل على الرضا والصفح. وبناء على ذلك اذا عاش الزوجان معا في حياة مشتركة مدة ستة اشهر بعد علم المدعي بارتكاب المدعى عليه الزنا فانه لايستطيع في القانون الانجليزي الحالي أن يطلب الطلاق استنادا الى هذا السبب[١].

٢ـ سوء السلوك: اذا ساء أحد الزوجين مع الآخر اساءة لا تتحمل، أو قام بعمل مشين مخالف للنظام العام والآداب العامة واستطاع المدعي أن يثبت للمحكمة بأنه لايمكن عقليا توقع العيش مع المدعى عليه.

يجوز للمحكمة الحكم بالطلاق اذا حصلت لديها القناعة بذلك ومعيار امكان العيش في حالة قيام هذا السلوك وعدم امكانه هنا موضوعي وليس شخصيا[٢].

٣ـ اذا هجر أحد الزوجين الآخر فللمهجور الحق في أن يطلب الطلاق اذا توافرت الشروط التالية:

أ ـ أن يستمر الهجر سنتين متواصلتين قبل رفع دعوى طلب الطلاق.

ب ـ أن يكون الهجر ماديا ومعنويا فلا يكفي الانفصال المادي وحده (عدم المساكنة تحت سقف واحد) ما لم يصحبه الهجر المعنوي (الامتناع عن تأدية

---

[١] ينظر المادة (١/٢) من قانون الاحوال الزوجية.

[٢] أي ليست العبرة بان يرى الزوج المدعي نفسه بحيث يستطيع العيش مع صاحب السلوك المشين أو لا يستطيع، وانما العبرة بالرأي العام والرجوع الى العقل السليم للحكم بامكان استمرار الحياة الزوجية على الرغم من قيام هذا السلوك أو عدم امكانه.

الواجبات الزوجية)[1].

ويلاحظ أن الهجر اذا حصل منهما بان ترك كلٌ الآخر فيجب أن يستمر الانفصال خمس سنوات قبل تقديم الطلب.

ويبدو أن لكل منهما في هذه الحالة أن يطلب الطلاق.

مبررات رفض الطلب من المحكمة:

للمحكمة التي يرفع اليها طلب الطلاق من أحد الزوجين أن ترفض الطلب في الحالات التالية:

أ ـ اذا اقتنعت بأن الزواج لا يزال لم يتصدع الى درجة لا يقبل الاصلاح على الرغم من قيام السبب وفق (م١/١).

ب ـ اذا كان سند الطلب واقعة الزنا (م١/٢) وأعطى المدعى عليه معلومات مضلّلة أثرت في قرار المحكمة باصدار الحكم بالطلاق.

ج ـ اذا عارض المدعى عليه اصدار الحكم بالطلاق مستندا الى المادتين (١٠،٥) من قانون الأحوال الزوجية[2].

ويلاحظ من الموازنة والمقارنة بين القانون المعمول به حاليا وبين قانوني ١٩٥٠، ١٩٣٧ ما يلي:

١ـ استحدث القانون الحالي صورة أخرى من صور الهجر وهي أن يكون من كل منهما لمدة لا تقل عن خمس سنوات.

٢ـ استحدث القانون الجديد شرطا جديدا لرفع الدعوى وهي أنها لا تقبل ما لم تمض سنة على الزواج.

٣ـ أدرج القانون الجديد القسوة وارتكاب الجرائم تحت السبب (السلوك) وهذا الصنع

---

[1] ويعتبر الامتناع عن تأدية الواجبات الزوجية قرينة على نية أنهاء رابطة الزوجية فمن هنا يبدأ الانفصال اذا اقترن بترك المساكنة.

[2] لسنة ١٩٧٣. المادة (٥): رفض القرار في حالات المادة (١/٢) (أي اذا كان واقعة الزنا) بسبب الضيق الشديد الذي يعانيه المدعى عليه. المادة (٢/١٠): حيثما اصدرت المحكمة حكمها بالتفريق الأجل استنادا الى أية واقعة من اسباب الطلاق يحق للمدعى عليه أن يطلب من المحكة أن ينظر في وضعه المالي بعد الطلاق.

اضبط واقصر.

٤- هجر أحد الزوجين كسبب من أسباب الطلاق. حدّد القانون الحالي حدّه الأدنى بسنتين متواصلتين قبل رفع الدعوى، في حين أنّ القانون السابق اعتبر الحد الأدنى ثلاث سنوات.

٥- لم يعتبر القانون الحالي أي نوع من أنواع الأمراض النفسية أو العقلية أو الصحية من أسباب الطلاق. وهذا يعني أن المشرّع الانجليزي رجع الى فكرة اعتبار الطلاق عقابا وليس علاجا[١].

٦- لم يعتبر القانون الحالي كلا من الهجر المادي والمعنوي على الانفراد سببا كافيا لطلب الطلاق خلافا لما أقره القانون ١٩٥٠ (م١/ب).

هذا الاستعراض خلاصة لتطور القانون الانكليزي فيما يتعلق بتنظيم الاسرة واصلاح الطلاق، وعلى الرغم من هذه المحاولات التشريعية، يبدو أن المشرع الانكليزي لحد الان لم يستطع أن يضع حدا للفوضى الاسرية كما ثبت في بعض الاحصائيات[٢].

---

[١] في حين أن المشّرع الانكليزي أنتقل في قانون ١٩٣٧ من زمرة التشريعات التي تجعل الطلاق جزاء يحكم به ضد الزوج المخطئ الى فئة التشريعات التي تنظمه على أساس فكره العلاج. أنظر martne de pitre اصلاح قواعد أنحلال الزواج في أنجلترا النشرة الفصلية الجمعية ـ التشريع المقارن ص١٩٣٩ ص١١٢ وما بعدها. الشرقاوي المرجع السابق ص٥٧.

[٢] وقد نشرت جريدة الجمهورية العراقية في عددها الصادر ١٢/١/١٩٨٥ تحت عنوان: (تدهور الحياة العائلية البريطانية) ـ أنخفاض حالات الزواج: ما يلي:

لندن: لظهر استطلاع نشرت نتائجه هنا امس الأول أن الحياة العائلية في بريطانيا أخذت بالتدهور. بسبب أنخفاض عدد حالات الزواج، وزيادة حالات الطلاق، وانخفاض نسبة الولادة. وأظهرت دراسة حول أخر التحولات الاجتماعية التي أجراها مكتب الاحصاءات المركزية. أنّ معدل عدد أفراد الأسرة في بريطانيا أنخفض من ١/٣ في عام ١٩٦١ الى ٦/٢ في عام ١٩٨٢. كما أن نسبة الاسرة المكونة من ستة أفراد أو أكثر أنخفضت الى النصف خلال تلك الفترة من ٧٪ الى ٣٪. ووقعت في بريطانيا (١٦٢٠٠٠) حالة طلاق خلال عام ١٩٨٣. كما ارتفع عدد المواليد غير الشرعيين، اذ أن ١٦٪ من مواليد ١٩٨٣ كانوا مواليد غير شرعيين مقارنة مع ٦٪ في عام ١٩٦١. واظهرت الاحصائية أنخفاضا حادا في عدد حالات الزواج بين صغار السن. وعدد النساء الحوامل خلال الاعوام الاخيرة.

وارتفع عدد حالات الاجهاض في عام ١٩٨٣ بنسبة ٣٤٪ عما كان عليه في عام ١٩٧١، وكانت نسبة ٥٨٪ من هذه الحالات بين نساء غير متزوجات.

هذا ما نقلته جريدة الجمهورية من الاعلام البريطاني نفسه.

المبحث الثاني

الطلاق في القانون الألماني منذ ١٩٠٠م

ان القانون الألماني لم يستقر على نمط واحد في تنظيم الطلاق بل مر بتطويرات من حيث تقييد حرية ارادة الزوجين في الطلاق، فصدرت عدة قوانين، فاللاحق منها يلغي السابق ويحل محله كما في التفصيل الآتي:

قانون ١٩٠٠bgb[1]:

صدر القانون الذي سمي بـ (المجموعة المدنية الألمانية) سنة ١٩٠٠ وكانت أحكام قواعده في المواد (١٥٦٤ـ ١٥٧٦) تسري على الطلاق وتنظّمه كما يلي:

الطلاق لا ينهي رابطة الزوجية ما لم يحكم به القاضي حكما جائزا لحجية الشيء المقتضى به مستندا الى أحد الأسباب التي حددها القانون واعتبرها مبررة للطلاق (م١٥٦٤). من هذه الأسباب:

١ـ الزنا، واللواطة، أو تعدد الزواج من أحد الزوجين كان يبرر للآخر طلب الطلاق بشرطين:

أ ـ أن لا يتم فعل من هذه الأفعال برضا الطرف الآخر الطالب للطلاق.

ب ـ أن لا يكون طالب الطلاق مرتكبا لنفس الفعل ومتلبسا بالسبب ذاته (م١٥٦٥).

٢ـ محاولة الاعتداء: اذا حاول أحد الزوجين الاعتداء على حياة الآخر جاز للمعتدى عليه طلب الطلاق (م١٥٦٦).

٣ـ الهجر المتعمد: اذا هجر احد الزوجين الاخر عمدا يحق للطرف المهجور طلب الطلاق. وقد حدد القانون الهجر في الصورتين التاليتين:

---

[1] أنظر الدكتور جميل الشرقاوي: أنحلال الزواج في حياة الزوجين وأسبابه في التشريعات الأوربية ص٨٧.

أ ـ اذا صدر الحكم من القضاء بالعودة الى الحياة الزوجية المشتركة فامتنع المحكوم عليه تنفيذه لغير عذر ومضت عليه سنة.

ب ـ الابتعاد عن منزل الزوجية لمدة سنة في مكان غير معلوم (م١٥٦٧).

٤ـ الاخلال الخطير بالالتزامات الزوجية: اذا اخل احدهما بسلوكه الشائن أو المنافي للأخلاق أو غير ذلك، يجوز للاخر طلب الطلاق اذا لم يستطع مع قيام هذه الحالة الاستمرار على الحياة الزوجية (م١٥٦٨).

٥ـ اذا مضى على إصابة أحد الزوجين بمرض عقلي مالا يقل عن ثلاث سنوات للزوج السليم طلب الطلاق في حالة حيلولة ذلك دون استمرار الحياة الزوجية (م١٥٦٩).

مسقطات الطلب:

يسقط حق طلب الطلاق بأحد الامور التالية:

أ ـ الصفح بعد قيام سبب من الأسباب المذكورة.

ب ـ مضي ستة اشهر على العلم بالسبب دون تقديم الطلب.

ج ـ مضي عشر سنوات على قيام السبب في جميع الأحوال. أي سواء علم بالسبب أو لا؟ (م١٥٧١، ١٥٧٠). ويلاحظ أن كل سبب يصلح للطلاق فهو في نفس الوقت يصح لطلب الانفصال الجثماني من باب أولى. لكن للمدعى عليه أن يطلب من المحكمة أن يقضي بالطلاق بدلا من الانفصال، ولها ذلك أن اقتنعت بالسبب المبرر (م١٥٧٦).

ومما يلفت النظر في هذا القانون ما يلي:

أ ـ تنظيمه للطلاق احتل مركزا وسطا بين التشريعات التي كانت تحرّم الطلاق تحريما باتا (كالقانون الايطالي) وبين التي تتساهل الى حد بعيد في الطلاق (كالقوانين الاسكندنافية وبعض الولايات الأمريكية).

ب ـ أن الأسباب التي أقرّها هذا القانون باعتبارها مبررة للطلاق، كلها مبيّنةٌ على خطأ الزواج المدعى عليه تجاه الزوج الراغب في الطلاق باستثناء الأمراض العقلية.

قانون١٩٣٨:

استمر الحكم بالمجموعة المدنية الألمانية في قضايا الطلاق للشعب الألماني منذ ١٩٠٠ـ١٩٣٨. وقد جرت عدة محاولات لتعديل قواعد الطلاق في هذه المجموعة ولكن الكل باءت بالفشل بسبب معارضة الحزب الكاثوليكي[١].

وأخيرا قام رجال القانون الألماني باعداد مشروع ١٩٣٨ الذي كان يتضمن بعض الاصلاحات لتنظيم الطلاق. ولكن لم يصدر كقانون الا بمناسبة ضم النمسا.

وقد كان حرمان الكاثوليكي من حق التطليق سببا في انحيازهم الى هتلر الذي وعد بإباحة الطلاق لهم وقد وفّى بوعده فور ضم النمسا في مارس ١٩٣٨، وأصدر قانون الزواج الجديد في ٦/تموز/١٩٣٨ ولا يزال هذا القانون معمولا به في النمسا، على الرغم من إنفصالها عن المانيا مع اجراء بعض التعديلات عليه بعد الانفصال.

وقد تضمن هذا القانون شروطا جديدة للزواج كانت تهدف الى تحقيق نقاء الدم الألماني وسلامة النسل[٢].

أسباب الطلاق في قانون ١٩٣٨:

القانون الجديد حذف بعض الأسباب واضاف بعضا أُخرى كما في التفصيل الآتي:

١ـ الزنا: زنا أحد الزوجين يعتبر سببا مبررا للآخر لاقدامه على طلب الطلاق ما لم يكن راضيا به أو مسهلا لارتكابه. (م٤٧).

٢ـ عدم أنجاب الأولاد: رفض أحد الزوجين لانجاب الأطفال دون مبرر أو استعمال الزوجة وسائل غير مشروعة لمنع الولادة (كالاجهاض) يبّرر للآخر حق طلب الطلاق (م٤٨).

٣ـ الاخلال: اخلال أحد الزوجين بالتزاماته الزوجية اخلالا يؤدي الى تصدع الحياة الزوجية بصورة خطيرة يبّرر للطرف الآخر طلب الطلاق (م٤٩).

---

[١] Dietz: التشريع الالماني الجديد في الزواج لسنة ١٩٣٨ مجلة القانون الدولي ١٩٣٩ ص٥٣ نقلا عن الشرقاوي المرجع السابق ص٨٦.

[٢] فحرم الزواج بين مختلفي الجنس (race) كما منع منه المصابين ببعض الامراض وأوجب تقديم شهادة فحص طبي للقضاء أنظر dietz قانون الزواج الجديد في المانيا مجلة القانون الدولي لسنة ١٩٣٩ ص٥٢ نقلا عن الشرقاوي المرجع السابق ص٨٤.

٤ـ زعزعة الحياة الزوجية: تزعزع الحياة الزوجية الناتج من الاختلال العقلي يعطي للطرف السليم حق طلب الطلاق (م٥٠).

وقد ألغى القانون الجديد مدة الانتظار التي حدّدتها المادة (١٥٦٩) من القانون السابق بان لا تقل عن ثلاث سنوات (م٥١).

٥ـ قيام مرض معد أو منفّر بأحدهما يعطي للطرف السليم حق الطلاق (م٥٢).

٦ـ العقم قبل الدخول في سن اليأس في حالة عدم وجود الأولاد مـن زوج سـابق، وعـدم تبني طفل سليم باتفاقهما، يعطي للطرف الاخر حق الطلاق (م٥٣).

ومن الجدير بالذكر أن هذا القانون كان يطلب من القاضي بموجب (م٥٤) منه أن يرفض طلب الطلاق لأي من السببين الواردين في المادتين (٥٢، ٥٣) اذا كان هناك ظرف يجعل الطلاق منافيا للاخلاق أو مضرا بالزوج المدعى عليه، كان عاشا معا عيشة زوجية مشتركة مدة طويلة، أو كان الزوجان في سن متأخرة لا يليق بهما الطلاق، أو كان الطرف المدعى عليه بحاجة الى مساعدة الزوج الراغب في الطلاق لعجزه بسبب مرض أو غيره...

ولعمري أنّ هذه الالتفاتة الانسانية من المشّرع الألماني لجديرة بالتقدير والثناء.

٧ـ أنهيار منزل الزوجية: اذا افترق أحد الزوجين مدة لاتقل عن ثلاث سنوات متواصـلة فللزوج المهجور طلب الطلاق بشرط أن لايكون هو صاحب النصيب الأكـبر في الخطـأ المؤدي الى هذا الافتراق، وبالتالي الانهيار المنزلي (م٥٥)[1].

واذا قارنا قانون ١٩٣٨ مع قانون ١٩٠٠ يتبيّن لنا ما يلي:

أ ـ ابقى الجديد ما كان في القديم من مسقطات حق طلب الطلاق كالصفح والتقادم (م٥٦ م٥٧).

ب ـ قد اغفل الجديد اللواطة، والتعدد، ومحاولة الاعتداء على الحياة، والهجر المتعمد من الأسباب الواردة في القانون السابق على اساس أن كلها تندرج تحت الاخلال بالواجبات الزوجية والسلوك الشائن الذي يبرر حق طلب الطلاق بموجب المادة (٤٩).

---

[1] أنظر الأحوال الشخصية للأجانب للأستاذ جميل خنكي ص٥٧ وما بعدها، التقنين المدني اليوناني جورج روبلوس ص١٤٩ نقلا عن الصابوني ٤٨/١ المراغي المرجع السابق ص٢٨٧ وما بعدها.

ج ـ زاد من الأسباب: الامتناع عن إنجاب الأطفال، والمرض المعدي أو المنفر، والعقم، وانهيار منزل الزوجية.

د ـ ألغى نظام الانفصال الجثماني بصورته الموجودة في القانون السابق.

قانون١٩٤٦:

بعد أن وضعت الحرب العالمية الثانية أوزارها جاء القانون الألماني الجديد ١٩٤٦ ليحل محل القانون ١٩٣٨.

وأهم أحكام أقرّها هذا القانون بالنسبة الى الطلاق هي ما يلي:

أ ـ ألغى من أسباب الطلاق:

١ـ الامتناع عن أنجاب الأولاد والالتجاء الى اسباب غير مشروعة لمنع الولادة فلم يعتبر ذلك مبررا للطلاق.

٢ـ العقم السابق لأوانه: فهو لا يجوز التمسك به لطلب الطلاق في ظل القانون الجديد.

ب ـ ابقى القانون بقية الأسباب كما يلي:

١ـ زنا أحد الزوجين: لكن لا يستطيع الزوج الآخر التمسك به لطلب الطلاق اذا وافق عليه، أو سهل ارتكابه، أو جعله ممكنا بسلوكه المقصود (م٤٢/٢).

ويلاحظ أنّ الزنا في نظر الفقه الألماني يعتبر سببا الزاميا للطلاق[1].

٢ـ الاخلال: اذا أخلّ أحد الزوجين بالتزاماته الزوجية اخلالا خطيا كالسلوك المشين أو المنافي للأخلاق فللزوج الآخر حق طلب الطلاق (م٤٣).

ويلاحظ أن أكثر حوادث الطلاق كانت ناتجة عن هذا السبب[2].

٣ـ الاختلال العقلي لأحد الزوجين بحيث يكدّر صفوة الحياة الزوجية يبرر للآخر طلب الطلاق (م٤٤).

٤ـ اصابة أحدهما بالمرض العقلي تجيز للطرف السليم طلب الطلاق دون أنتظار الشفاء (م٤٥).

ويبدو أن السبب الوارد في المادة (٤٤) الذي يسمى بالاختلال العقلي لا يقصد به

---

[1] الشرقاوي المرجع السابق ص٨٩.

[2] لرمادجون ونولده وولف: القانون المقارن باريس طبعة ١٩٥٠ فقرة (٥٥٨). استاذنا الشرقاوي ص٩٠.

الجنون والا لتكرر مع ما جاء في المادة (٤٥).

٥ـ إصابة أحدهما بمرض معد أو منفر تبرر طلب الطلاق اذا لم يتوقع شفاؤه أو زوال خطر العدوى خلال زمن قريب (م٤٦).

ومن الجدير بالذكر أنّ القاضي لايحق له الحكم بالطلاق للأسباب الواردة في المواد (٤٤، ٤٥، ٤٦) ما لم يستعن بالطبيب المختص ويتأكد من قيام السبب فعلا.

٦ـ افتراق الزوجين في الاقامة: بترك للمنزل المشترك. لكن اذا كان الزوج الراغب في الطلاق هو المسؤول عن ذلك أو صاحب النصيب الأكبر من المسؤولية فللزوج الآخر أن يدفع طلبه للطلاق بهذه المسؤولية. غير أن هذا الاعتراض لايقبل من القضاء اذا وصل الأمر حدا يتنافى مع الأخلاق وروح العلاقة الزوجية.

رفض دعوى الطلاق:

على القاضي أن لايقبل دعوى طلب الطلاق في الحالتين التاليتين:

أ ـ في حالة الزنا أو الاخلال بالالتزامات الزوجيــة إذا صــفح الطـرف الآخـر صـراحة أو ضـمنا. وما يستنتج منه الصفح: اداؤه للواجبات الزوجية كزوج، ومعاشرته الجنسـية، أو ما شابه ذلك.

ب ـ في حالة مرور ستة أشهر على علمه بالسبب والسكوت عن رفع دعوى طلب الطلاق[1].

[1] اعتمدت في حل هذه المواضيع على استاذنا الشرقاوي المرجع السابق. وهو اعتمد على ما يلي:

١ ـ dietz: التشريع الالماني الجديد في الزواج سنة ١٩٣٨ مجلة القانون الدولي سنة ١٩٣٩ ص٥٢ وما بعدها.

٢ ـ s. f. k.: تعديلات قواعد الطلاق في المانيا نشرة جمعية التشريع المقارن ١٩٤٧.

٣ ـ le bras: المجموعة السابقة.

٤ ـ juris classeur : القانون المقارن ـ المانيا.

احكام الطلاق المعمول بها حاليا في المانيا الاتحادية:

عالج قانون الأسرة الالماني الأتحادي الحالي موضوع الطلاق بحيث لم يفرّق في تحديد أسبابه للمبرة بين الزوج والزوجة، بل جعل جميع الأسباب المبيحة للطلاق مشتركة بين الزوجين على أساس نظرة المساواة بينهما في تحمّل أعباء الأسرة، خلافا لما عليه بعض التشريعات من التحديد لكل من الزوجين حالات خاصة وشروط معينة لرفع دعوى طلب الحكم بالطلاق.

أسباب الطلاق:

الأسباب التي اعتبرها المشّرع الألماني الاتحادي مبررة للتفريق بحيث تبيح لأي من الزوجين رفع الدعوى للحصول على قرار بالتطليق، هي:

١ـ تورّط أحد الزوجين في ارتكاب الزنا، وعدم سكوت الطرف الآخر على ذلك وقيامه برفع دعوى التطليق.

٢ـ اصابة أحد الزوجين باختلال عقلي في قواه العقلية اختلالا لا يرتجى منه الشفاء، ويلحق بالطرف الآخر ضررا مخلقا لا تستقيم معه الحياة الزوجية.

٣ـ اصابة احد الزوجين بمرض عضال يُفضي الى استحالة استمرار المعاشرة الزوجية.

٤ـ قيام أحد الزوجين بانتهاج سلوكية مخلة بالآداب مـن شـأنها أن تفضـي الى أنفصـام رابطة الزوجية أنفصامًا لا تتوقع معه امكانية استمرار الحياة الزوجية.

والواقع أن الفقه والقضاء في المانيا الاتحادية قد توسعا كثيرا في تفسير السلوكية المخلة بالآداب حتى شملت كل اساءة تؤدي الى اضطراب العلاقات الزوجية، وتدهورها، وانتفاء التفاهم الروحي بينهما، بحيث يتعذر معه استمرا الحياة الزوجية بأي شكل من الأشكال.

ومن ذلك على سبيل التمثيل لا الحصر:

أ ـ قيام أحد الزوجين باساءة التعامل مع الآخر إساءة بالغة كالضـرب والتهديد والإهانة وعدم الاحترام...

ب ـ قيام أحد الزوجين بهجر زوجه دون أن يملك لذلك عذرا مقبولا. ويترتب على ذلك اضطراب بالغ في الحياة الزوجية.

ج ـ إخلال أحد الزوجين بالواجبات الزوجية اخلالا بالغا لا يمكن أن تستقيم معه الحياة الزوجية.

د ـ قيام أحد الزوجين بتحريض الآخر على إنتهاج سلوكية مشينة ومخلة بالاداب كالتحريض على الدعارة والسمسرة مثلا.

هـ ـ ارتكاب أحد الزوجين جريمة شائنة من شانها أن تلحق بالطرف الاخر ضررا ثابتا لا يطاق.

و ـ امتناع أحد الزوجين ـ مع اقتداره ماديا ـ عن التكفل بمعيشة أسرته بدون مسوّغ مقبول بحيث يقود الحياة الزوجية الى زعزعة وخلافات تستعصى على الحل أو الانفراج.

ه ـ تنافر طبائع الزوجين وعدم أنسجامهما بحيث يفضي ذلك في نهاية المطاف الى توتر شديد في العلاقات الزوجية توترا يمهّد السبيل الى الشعور بالنفور، ثم الى زرع روح البغضاء والعداء وسوء التفاهم، ويصل الامر الى حالة تتضاءل معها كافة امكانات اصلاح ذات البين. فحينئذ تبدو الأبواب موصدة من كل صوب وحدب ولا يبقى بديل سوى طرق باب الطلاق[1].

---

[1] المرجع باللغة الالمانية:
dr. khaLIL ABBASI
Die RECHTLICHE STELLUNG Der FRAU
— S. 72- 74 KOLN ١٩٦٥

المبحث الثالث

الطلاق في القانون الايطالي

١٨٠٩ـ١٩٨٣

يعتبر القانون الايطالي منذ زمن بعيد من أكثر تشريعات العالم تأثراً بتعاليم الكنيسة الكاثوليكية التي تنادي بان الزواج عقد مقدّس أمام الله، ليس باستطاعته أية قوة بشرية أن تطلّق.

وقد خضع الزواج في ايطاليا لقواعد قانون الكنيسة منذ أن كتبت لها الغلبة على القانون الروماني، حيث جعلت الزواج نظاماً دينيا، والطلاق عملا محظوراً.

واستمرت الحالة هذه الى صدور مجموعة نابليون سنة ١٨٠٩م وبعدئذ أصبحت أحكامها تسري على الزواج والطلاق في ايطاليا، على الرغم من أنها لاقت معارضة شديدة من قبل أنصار الكنيسة، فأوقف نفاذ النصوص المنظمة للطلاق، ولكن اخيراً رفع الإيقاف وابيح الطلاق بموجبها في نفس السنة[1]. الا أن هذا القانون لم يكتب له الدوام حيث ألغى فور سقوط نابليون واستعادت الكنيسة سلطانها على الزواج والطلاق.

قانون ١٨٦٥:

قانون نابليون وان الغى العمل به في ايطاليا، الاّ أنه لم يغادر هذا البلد حتى ترك آثاراً على تفكير رجال القانون وقادة الفكر بتوجيههم نحو الأخذ بالطلاق ما دامت هنالك حالات ضرورية تفرضها سنة الحياة على رابطة الزوجية بحيث لا يمكن علاجها الا من طريق الطلاق.

ونتيجة لذلك أخذ كثير من الكتاب ينادون في كتاباتهم بمدنية الزواج وجواز الطلاق وقد وقفت الكنيسة بحزم ضد هذه الدعوة وهاجمت بشدة أنصارها[2].

---

(1) DeSjardins: الزواج في ايطاليا منذ معاهدة لاتران طبعة باريس ١٩٣٣ ص٣١. نقلا عن استاذنا الشرقاوي المرجع السابق ص١١٢.

(2) المرجع السابق ص٣٣.

ولكن مع ذلك كله فان جهود الدعاة قد حقّقت بعض النجاح بصدور أول مجموعة مدنية ايطالية سنة ١٨٦٥م. وبموجبها أصبح الزواج مدنيا ونزعت الاختصاصات القضائية في قضايا الزواج عن الكنيسة.

ولكن على الرغم من اعتبار الزواج مدنيا فان الطلاق ظل محرما في ظل هذا القانون وهذا التعارض بين مدنية الزواج وتحريم الطلاق يعتبر من عيوب ومآخذ قانون ١٨٦٥.

ولكن بقاء الطلاق على التحريم لا يعني أنه كان حكما مرغوبا فيه لدى الايطاليين بل قامت معارضة قوية ضده فبذلت محاولات كثيرة لاباحة الطلاق.

ومنذ سنة ١٨٧٨ قدمت عدة مشروعات قانونية تتضمن الاعتراف بالطلاق ولو على نطاق محدود، الا أنها لاقت معارضة أخرى معاكسة من قبل الكنيسة وبعض الهيآت الأخرى[1].

قانون ١٩٢٩:

بعد أن تمّ عقد معاهدة (لاتران) بين الحكومة الايطاليـة (في عهـد موسـوليني)، وبـين البابا بموجبها أصبح الزواج الديني الذي يعقد في الكنيسة الكاثوليكية منتجا لآثار الزواج المدني بعد تثبيته في سجلات الحالة المدنية طبقا للقواعد المرعية. وجعـل النظـر في دعـاوى بطلان الزواج من اختصـاص محاكم الكنيسة. أمّا تنظيم آثار الزواج والانفصال الجثماني فانـه يبقى خاضعا لأحكام المجموعة المدنية الايطالية.

وبعد هذه المعاهدة صدر قانون في ٢٤/حزيران/١٩٢٩م أقر لغير الكاثوليك ممن تعترف الدولة الايطالية بدياناتهم كالمسيحين البرتستانت والاسرائيليين... أن يتموا زواجهم أمّام جهاتهم الدينية، ويبقى هذا الزواج خاضعا في شروطه وآثاره وانهاءه لأحكام المجموعة المدنية[2].

---

(١) مجموعة le Bras ص١٧٣ نقلا عن الشرقاوي ص١١٣.

(٢) الاستاذ الشرقاوي المرجع السابق ص١١٣. مجموعة le Bras ص١٧٤.

قانون ١٩٤٢

صدرت المجموعة المدنية الايطالية الجديدة سنة ١٩٤٢ لتحل محل المجموعة المدنية السابقة. وأهم ما جاءت به من أحكام الزواج أنها أقرّت ثلاث صور للزواج:

أ - زواج يتم أمام القس الكاثوليكي ويخضع للقانون الكنسي، ويكون النظر في الدعاوى المتعلقة به من اختصاص الكنيسة.

ب - زواج ديني لغير الكاثوليك.

ج - الزواج المدني.

وهذان يخضعان لأحكام المجموعة المدنية والنظر فيها من اختصاص المحاكم المدنية.

والطلاق محرّم في هذه الصور الثلاث، وانما المباح هو الانفصال الجثماني.

من احكام القانون ١٩٤٢:

أ - لا ينحل الزواج الا بوفاة أحد الزوجين (م١٤٥).

ب - لزوجة المفقود المحكوم بموته من قبل القضاء أن يعقد زواجا جديدا(م٦٥).

لان افتراض الموت بحكم القاضي بمثابة الموت الحقيقي، لكن يعتبر الزواج باطلا اذا عاد المفقود أو ثبت حياته (م٦٨).

وقد نظمت نصوص المواد (٤٨-٧٣) احكام الغائب والمفقود.

ج - يجوز الانفصال الجثماني بين الزوجين (م١٥٠).

هذا القانون لم يعترف الا بالانفصال الجثماني وهو إمّا قضائي وأمّا اتفاقي:

أولا - الانفصال القضائي:

يشترط للحكم بالانفصال القضائي توفر سبب من الأسباب الآتية:

١- زنا أحد الزوجين:

اذا ارتكب أحدهما الزنا فيحق للطرف الآخر أن يطلب من القضاء أن يحكم بينهما بالانفصال الجثماني[1].

---

[1] يعتبر الزنا سببا لطلب الانفصال وان لم يكن معاقبا عليه أو كان المدعي قد ارتكب فعل الزنا ايضا أي لا يطبق هنا مبدأ مقابلة الخطا بالخطا.

غير أنّ هذا القانون فرّق بين زنا الزوج والزوجة من حيث القوة السببية للانفصال فزنا الزوجة وحده كان كافيا لان يكون سببا للحكم بالانفصال، بخلاف زنا الزوج فانه لم يقبله القاضي سببا كافيا وحده، بل يجب أن يقترن به ظروف أخرى تثبت اساءة الزوج البالغة لزوجته (م١٥١/٢).

هذا بخلاف قانون الكنيسة فانه لم يفرق بين زنا كل من الزوجين في اعتباره سببا كافيا لطلب الحكم بالانفصال الجثماني.

٢ـ الهجر المتعمد:

هجر أحد الزوجين للآخر يعتبر سببا لأن يطلب الآخر الحكم بالانفصال (م١٥١/٣).

ولم أطلع في هذا القانون على تحديد مدة للهجر، ويبدو أنه ترك ذلك لتقدير القضاء.

٣ـ سوء السلوك:

سوء المعاملة والاساءة البالغة من أحدهما يبرر للآخر حق طلب الانفصال (م١٥١/٤).

٤ـ الحكم بالسجن على أحدهما مدة تزيد على خمس سنوات

يعطي الحق للآخر في طلب الانفصال (رقم١٥٢).

٥ـ يجوز للزوجة طلب الانفصال اذا لم يهيء لها الزوج ـ لغير عذر مكانا لاقامتهما، أو إذا رفض مع قدرته تهيئتهُ بما يتلق مع حالته. (م١٥٣).

ويلاحظ أن حصول الوفاق بين الزوجين يسقط حق طلب الانفصال[1]. سواء كان قبل رفع الدعوى ام بعده (م١٥٤).

ثانيا ـ الانفصال الاتفاقي:

الاتفاق بين الزوجين على الانفصال الجثماني جائز دون حاجة الى قيام سبب يبرره لكن لا ينتج أثره ما لم تصدقه المحكمة بعد حضور الزوجين أمامها ومحاولة التوفيق بينهما للرجوع عن نية الانفصال (م١٥٨).

ويترتب على الانفصال: سقوط جميع الالتزامات المترتبة على الزواج وكذلك سقوط جميع حقوق المسؤول عن سبب الانفصال.

لكن تبقى حقوق المحكوم له ما لم تتعارض تلك الحقوق مع طبيعة الانفصال (م١٥٦/١)[1]. ويستطيع الزوجان أنهاء اثار حكم الانفصال، واستئناف الحياة الزوجية

---

[1] الشرقاوي المرجع السابق ص١١٨. قانون المرافعات الايطالي (م٦٠٦ـ ٦٠٨).

باطلاقهما دون حاجة الى حكم القضاء سواء كان الاتفاق صريحا أو ضمّنيا كـالعودة الفعليـة الى الحياة المشتركة (المساكنة).

ولا يلزم أن تقترن المساكنة بالمعاشرة الجنسية لغرض إنهاء الانفصال واستئناف الحياة الزوجية (م١٥٧).

وبذلك يكون الانفصال الجثماني في التعاليم المسيحية شبيها للطلاق الرجعي في الشريعة الاسلامية، لان كلا منهما حالة بين اللازواج واللاطلاق، وان الرجعة تحصل عند كثير من الفقهاء بالقول وبالفعل ايضا، دون حاجة الى حكم القضاء. ولكن هناك فرق جوهري بينهما وهو أن المطلّقة طلاقا رجعيا في الاسلام تنقطع علاقتها مع الزوج بانتهاء عدتها وتصبح مستقلة، فلها أن تتزوج ممن تختاره شريكا جديدا للحياة الزوجية، بخلاف الانفصال فان كلا منهما يُحرم من الزواج مادام الآخر في الحياة مهما طالت المدة. ثم أن التوارث ثابت بين الزوجين في الطلاق الرجعي اذا مات أحدهما قبل إنتهاء العدة بخلاف الانفصال.

ويلاحظ أنّ حرمان المواطن الايطالي من الطلاق قد يدفعه الى كسب جنسية دولة اجنبية لغرض الحصول على الطلاق. فاذا تمت هذه العملية ثم بعد الطلاق استرجع جنسيته الايطالية، فان القضاء يحكم ببطلان طلاقه، وبقاء الحياة الزوجية اذا ثبت لديه أنه لم يكتسب الجنسية الاجنبية الا لغرض الطلاق[2].

دستور١٩٤٨:

تحريم الطلاق في ظل مجموعة ١٩٤٢ لم يطرأ عليه تغيّر بعد زوال النظام الملكي، وانهيار الفاشية في ايطاليا، بل معاهدة (لاتران) تحولت الى جزء من الدستور الايطالي الجديد الذي أصبح نافذا منذ أول حزيران ١٩٤٨م.

غير أن هذا الدستور واجه مناقشات عنيفة أثارها الشيوعيون الايطاليون في الجمعية التأسيسية التي رفضت بشدة النص في الدستور على مبدأ (عدم قابلية الزواج للانحلال بالطلاق).

---

[1] مجموعة le Bras ص١٨٠ـ١٨١.

[2] Juris Classeur القانون المقارن الايطالي رقم ١٤٨. مجموعة Bras ص١٧٧.

وعلى الرغم من أنّ هذا الرفض لم يكن له مدلول قانوني، الا أنه دل على أن هنالك تيارا شعبيا في إيطاليا ضد تحريم الطلاق. أضف الى ذلك فان الفقهاء الايطاليين أخذوا يشعرون بضرورة إباحة الطلاق في الحالات التي تمس الحاجة فيها اليه أسوة ببقية دول العالم[1].

قانون ١٩٧٠:

ان التيار الشعبي ضد تحريم الطلاق في ايطاليا قد حقق اخيرا نتيجة فعلية، فقد خرجت قبل صدور قانون ١٩٧٠ مظاهرات متعددة الى الشوارع مطالبة باباحة الطلاق. ومن اللافتات المستعملة في هذه المظاهرات: (الحيوانات لا تطلق ولكن الشعوب المتحضرة تفعل ذلك).

وتحت هذا الضغط المتواصل اضطر المشرع الايطالي الى تشريع قانون يسمح لأول مـرة في التاريخ التشريعي الايطالي بالطلاق. وقد صدر في ١٩٧٠/١٢/٢ واصبح نافذا معمولا بـه في ١٢-١٢-١٩٧٠. ويقال: بعد هذا السماح بلغ عدد الزوجات التي طلقن اكثر من مليـون. على الرغم من أن الطلاق المعترف به قانونا كان بالنسبة الى الزواج المدني الذي تم عقـده[2] خارج الكنيسة فقط.

قانون ١٩٨٣[3]

يبدو أن المشرع الايطالي قد تراجع اخيرا عن السماح بالطلاق تحت تأثير الكنيسة الكاثوليكية. ولكنه لم يستطع أن يهمل كليا أمرا يحتّمه واقع الحياة وهو أن الزواج قد يفشل ولا سبيل لعلاجه الا الانحلال. وبناء على هذه الحقيقة استعاض عن الطلاق بما يسمى بحل الزواج (أو الغاءه) عند قيام ما يوجب ذلك. وهو يحقق نفس النتيجة التي يحققها الطلاق.

إذا ما هو سر هذه الحساسية ضد لفظ (الطلاق)؟ لا ادري!!!

وقد تم تقرير القانون الجديد في يوم ١٩٨٣/١١/٢٧، وهو يعتبر تطويرا للقانون الذي بدأ بمبادرة البابا يوحنا الثالث والعشرين في مجلس الفاتيكان سنة ١٩٦٢- ١٩٦٥والذي

---

[1] TRObuCChi فقرة (١١٧) نقلا عن الشرقاوي ص١١٤.

[2] أنظر الاستاذ ابراهيم النعمة: نفحات من شريعة الاسلام وصلاحها للتطبيق في كل زمان وفي كل مكان ص٥١.

[3] أنظر مجلة العائلة اليوم التي تصدر من الفاتيكان العدد السابع من كانون الثاني ١٩٨٤.

أنهاه البابا بولس السادس وذلك باستحداث الكنيسة المادة (١٠٥٥) من القانون الجديد التي تنص على أن: (عقد الزواج الذي يقرره رجل وامرأة في الحياة المشتركة التي تهدف الى انجاب وتربية الأطفال بين ـ المعمّدين ـ رفع من قبل المسيح سيد الكرامة والمقدسات).

والمادة (١٠٥٦) تنص على أن: (عقد الزواج هو بموافقة الطرفين وهو غير قابل للحل من قبل أية قوة بشرية. والموافقة الزوجية هي اثبات رغبة الطرفين في عقد أبدي ورغبتهم في بناء الحياة الزوجية).

اسباب الالغاء في ظل القانون الجديد:

اسباب الالغاء. قبل هذا القانون كانت قليلة أمّا القانون المعمول به حاليا فقد توسع في هذه الأسباب فمنها اجتماعية، ومنها نفسية يستند اليها أحد الزوجين في طلب الالغاء عندما يكون لها تأثير على موافقة القضاء.

أولا ـ الأسباب الاجتماعية:

يعتبر عدم التكيّف والتلاؤم من أكثر الأسباب المطروحة لطلب الالغاء على الرغم من أنه السبب الأقل قبولا عند القضاة.

ويأتي في صدارة الأسباب الاجتماعية: عدم انجاب النسل للعقم أو للامتناع عنه. والخيانة الزوجية، والصمت والسكوت الذي يمارسه أحد الزوجين.

ومن الجدير بالذكر أن كثيرا من النساء الايطاليات يمتنعن عن انجاب الاطفال ويرفضن الحياة المنزلية، لانهن يرغبن في الغاء الزواج ليجربن حظهنّ في مجال الوظائف والنقابات والسياسة وغيرها من الأعمال الحرة الأخرى التي تتطلب الكثير من الوقت والاهتمام.

ثانيا ـ الأسباب النفسية:

وهي ما يتعلق بحالات المرض العقلي، والأمراض النفسية المختلفة مثل الهستيريا، والأعصاب، أو ما يتعلق باضطراب الوظائف التناسلية مثل الخلل الجنسي، وتغير الجنس، والشذوذ الجنسي... وهي أسباب تؤدي الى احداث صعوبات قضائية في نظر

الفاتيكان. لان فردية وخصوصية الظواهر النفسية مصدر صعوبة طبيعية بالنسبة للقاضي الذي يجب أن يأخذ بنظر الاعتبار في الحكم ما هو طبيعي وما هو مرضي في كل الأحوال الاجتماعية والنفسية.

وللوصول الى الحكم بالغاء الزواج يجب أن يكون هناك سبب واضح يمكن اثباته واثبات تأثيره على القدرات العقلية أو العاطفية أو الارادية والحالة الاكثر وضوحا في حالة الخوف والعنف، أو عدم امكانية اداء الواجبات الزوجية من الناحية الاجتماعية.

إحصائية لحالات الغاء الزواج بين عام ١٩٧١ـ ١٩٨١ التي قررتها المحاكم الكاثوليكية

ايطاليا	٥٩٤	٦١٤	٦٦٤	٨١٩	١٠٦٥	١٠٥٠	٩٦٦	٨٣٣	٧٦٦	٧٩٦	١٠٧٧
ليبيا	٢٠٩٠	١٨٢٤	٢٢٥٤	٢٩٠٦	٨٨٦	٢٠٧٢	٦١٧١	٥٤١٩	٦٦٦٥	٦٢٥٩	
امريكا الشمالية	٥٩٠١	٧٩٥٧	٨٢٧٦	١٤٠٣٨	٢٠٧٤٢	٣١٧١٢	٤٠٣٠٧	٤٣٩٢٨	٣٥٧٠١	٥٥٦٤٦	
المجموع الكلي في العالم	٨٤٩٠	١٠١٩٣	١١١١٩	١٧٥٦٥	٢٥٧٠٣	٣٨٢٣٣	٤٨٢٠٥	٥١٢٨١	٦٢٧١٩	٦٤٢٧٩	

أسباب الغاء الزواج عند الكنيسة المقبولة منها وغير المقبولة ونسبتها في ايطاليا لسنة ١٩٨٣[1]

عدم أنجاب الاطفال	١٠٨	٣٠,٥٪	٤٥	٣١,٢٪
عدم التكيف والتلاؤم	٨٩	٢٥,١٪	٤٤	٤٠,٤٪
الخيانة الزوجية	١٨	٥,١٪	١٥	٤٨,٤٪
عدم التفاهم	٥٩	١٦,٦٪	٨	١٤,٨٪
العنف والخوف	٣٢	٩٪	١٠	٢٦,٣٪
السكون الكامل	١٧	٤,٨٪	١٥	٥٠,٠٪
عدم امكانية القيام بالواجبات الزوجية	١٢	٣,٤٪	٥	٢٩,٠٪
العجز الجنسي	٩	٢,٥٪	١	٢٠,٠٪
اسباب مختلفة	١٠	٢,٨٪	٦	٥٤,٥٪

---

[1] مترجمة عن مجلة العائلة اليوم التي تصدر من الفاتيكان العدد السابع الصادر في كانون الثاني ١٩٨٤.

المبحث الرابع

الطلاق في القانون الفرنسي

مر نظام الطلاق في التشريعات الفرنسية من حيث مدى اطلاق وتقييد حرية ارادة الزوجين فيه بالمراحل المتباينة التالية:

أ. مرحلة اطلاق حرية الارداة:

بسبب العرف السائد في اقليم الفرنسا الشمالي، واتباع القانون الروماني في اقليمها الجنوبي حين كانت الفرنسا القديمة متأثرة بالقانون الروماني في اباحة الطلاق.

ب. مرحلة التقييد:

حاربت الكنيسة فكرة حرية الارادة في الطلاق لأصطدامها مع ما تنادي به من أن الزواج علاقة ابدية لا تنفصم.

فألغت الطلاق في شمال فرنسا في القرن الثاني عشر، وفي جنوبها في القرن الثالث عشر. وأقرّت نظامين هما: نظام بطلان الزواج ونظام الانفصال الجثماني ليحلا محل الطلاق في حل مشكلة عدم الانسجام.

ج. في المرحلة الثالثة:

لما قامت ثورة ١٧٨٩م أعادت نظام الطلاق الى ما كان عليه في المرحلة الأولى بمقتضى قانون ٢٠/أيلول/١٧٩٢ .

ويرى فقهاء القانون[1]: أن هذا القانون يعتبر ثورة على القانون الكنسي في تنظيم الطلاق، حيث جاء في مقدمته: (ان حق الطلاق من مقومات الحرية الفردية، والارتباط بالزواج ارتباطا دائما يعني فقدان هذه الحرية) ولذا أباح الطلاق في نطاق واسع فاباحه

---

[1] أنظر الدكتور الشرقاوي المرجع السابق ص٢٧.

باتفاق الزوجين، كما أعطى المجال لكل واحد من الزوجين أن يطلب الطلاق من القضاء لمجرد عدم الوفاق بينه وبين الزوج الآخر، أو لجنون، أو لهجرة كهجرة النبلاء من فرنسا أثناء الثورة بعد سقوط الباستيل) أو إختفائه لمدة لا تقل عن خمس سنوات.

كما ألغى نظام الانفصال الجثماني وبذلك جاء القانون متفقا مع الاتجاه السائد بعد قيام الثورة الفرنسية ضد مبدأ عدم أنقضاء الزواج كما كان استجابة لروح الفردية التي سادت في بدايتها.

ونتيجة لذلك وصل الإسراف في الطلاق حدا بلغ عدد حالات الطلاق سنة ١٧٩٣ ثلث عدد الزيجات التي أبرمت في تلك السنة.

د . المرحلة الرابعة:

بعد عودة الملكية وأيلوله الحكم الى أسرة البربون أصبحت الكاثولكيكة من جديد الدين الرسمي للدولة باعتبارها دين أغلبية الفرنسيين فألغت نظام الطلاق أيضا بقانون مايس/١٨١٦. وعادت الحال بذلك الى ما كانت عليه قبل الثورة، واصبح الزواج مرة ثانية غير قابل للإنفصام الا بالموت.

لكن زالت صفة الدين الرسمي عن الكاثوليكية منذ ١٨٣٠م، وكان المفروض بعد ذلك أن يرجع العمل بنظام الطلاق، وفعلا بذلت محاولات كثيرة لاصدار قانون بالعودة الى اباحة الطلاق الا أنها باءت بالفشل نتيجة معارضة مجلس الشيوخ. وظل منع الطلاق مستمرا في فرنسا زهاء (٧٠) سنة، الى أن اعيد بقانون ٢٧/تموز/١٨٨٤ الذي عرف بقانون Naguet نسبة الى الرجل الذي كان له اكبر الأثر في اصداره[1].

وبعد هذا القانون أخذ المشّرع الفرنسي يدخل تعديلات تشريعية متوالية[2] لتسهيل اجراءات الطلاق. وأخيرا آل الأمر الى أن ألغى كل قيد على زواج من سبق بينهما طلاق، أو على طلاقهما مرة أخرى.

---

[1] ينظر الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي: الزواج قيامه. أثاره. أنقضاءه في القانون الفرنسي ط/١٩٦٥/ القاهرة. ص١٧١ وما بعدها.

[2] كقانون ١٨/نيسان/١٨٨٦، وقانون ٦/شباط/١٨٩٣، وقانون ١٩١٩، وقانون ١٩٢٤، وقانون ٤/كانون الثاني/١٩٣٠.

كما أن القضاء الفرنسي تساهل الى حد بعيد في منح الطلاق فأدى ذلك الى لزدياد حالاته في فرنسا زيادة غير معقولة مما دعا الكثير من الكتاب الى المناداة بتقييد الطلاق، وحتى بالغائه[1].

هـ . مرحلة الرجوع الى التقييد:

استجاب المشرع الفرنسي في سنة ١٩٤١ لنداءات المفكرين والكتاب بتقييد الطلاق حماية للاسرة الفرنسية من الانهيار، فأصدر قانون ٤/نيسان/١٩٤١، وكان يستهدف تعديل أحكام الطلاق. فهو لم يذهب الى منعه ولكن جعله أكثر صعوبة ذلك بفرض اجراءات قضائية على لرادة الراغب في الطلاق، وباستحداث شروط تضيّق نطاق الحكم بالطلاق.

أضف الى ذلك قيودا أخرى منها: عدم قبول دعوى الطلاق قبل مرور ثلاث سنوات على الزواج. لكن ألغي هذا الشرط بقانون ١٩٤٥م.

و . المرحلة الأخيرة:

وهي التي استقر عليها التشريع الفرنسي بالأخذ بنظام الطلاق المقيّد أي الطلاق الذي لا يتقررالا بأسباب محصورة يحدّدها القانون. وقد نظّم الطلاق بالمواد (٢٢٩-٢٣٢) من المجموعة المدنية الفرنسية ويؤخذ من نصوص هذه المواد أن أسباب الطلاق في القانون الفرنسي تقتصر على ثلاثة وهي:

١- زنا الزوجة (م٢٢٩)، أو زنا الزوج (م٢٣٠).

٢- الحكم على الزوج بعقوبة جنائية (م٢٣١).

٣- القسوة وسوء المعاملة (م٢٣٢).

السبب الأول ـ الزنا: adultere:

يلزم القانون الفرنسي (م٢١٢) كلا من الزوجين بالاخلاص للآخر. وأهّم ما يترتب على هذا الالتزام من الواجبات هو الامتناع عن الخيانة الزوجية.

---

[1] ينظر Savatier: شرح القانون المدني الفرنسي ج١ ف٢٨١ نقلا عن الشرقاوي المرجع السابق ص٢٩.

ولذلك فان ارتكاب الزنا من أحد الزوجين يعتبر اخلالا خطيرا بهذا الالتزام يرتب عليه القانون حق الزوج الآخر في طلب الطلاق.

فهو سبب الزامي للطلاق سواء كان من الزوج ام من الزوجة (م٢٣٠،٢٢٩ مدني) على الرغم من أن القانون الجنائي يفرّق في العقوبة بين زنا الزوج وزنا الزوجة. ولاعتباره سببا للطلاق يجب أن يقع ممن يتمتع بأهلية كاملة وباختياره، وان لا يكون بموافقة الزوج الآخر ولا تواطؤه أو تحريضه فاذا توفرت هذه الشروط لدى القاضي عليه أن يحكم بالطلاق وإن علم أنّ صالح الأسرة هو البقاء على الزوجية[1].

السبب الثاني ـ الحكم بعقوبة جنائية:

إذا حكم على أحد الزوجين بعقوبة جنائية تلحق الجسم وتمس الشرف فللآخر طلب الطلاق وفق المادة (٢٣١) على أساس أن ضميره قد يتأذى من بقائه مع مثل هذا المجرم.

الا أنه يجب لاعتباره سببا الزاميا للطلاق، أن يتوفر فيه الشروط التالية:

١ـ الحكم بعقوبة جنائية لا عقوبة جنحة[2].

٢ـ أن تلحق العقوبة الجسم أو الحرية كالاشغال الشاقة والسجن، وتمس الشرف والاعتبار.

٣ـ أن يكون الحكم صادرا من محكمة فرنسية لا اجنبية.

٤ـ أن يكتسب الحكم الدرجة القطعية (درجة البتات) بان يكون غير قابل للتمييز.

٥ـ أن يكون الحكم قد صدر أثناء الزواج وان سبقه ارتكاب الجريمة.

٦ـ لم يرِدّ المجرم اعتباره ولم يشمله عفو عام.

واذا توفرت هذه الشروط فعلى القاضي الحكم بالطلاق بعد رفع الدعوى اليه، ولا يحق لأحد الزوجين رفع الدعوى على الآخر في هذه الحالة إذا وقعت الجريمة منهما سواء كانا فاعلين أصليين أم شريكين أم أحدهما أصيلا والآخر شريكا.

---

[1] الدكتور عبد الفتاح، المرجع السابق ص١٨٠.

[2] الجناية: جريمة يعاقب عليها بالاعدام، أو السجن المؤبد أو السجن المؤقت اكثر من خمس سنوات الى عشرين سنة.

والجنحة: جريمة يعاقب عليها بالحبس الشديد أو البسيط اكثر من ثلاثة أشهر الى خمس سنوات أو بالغرامة. ق. ع. ع. (م٢٥).

السبب الثالث ـ القسوة، وسوء المعاملة، والاساءة البالغة:

وهي صور من الايذاء تصدر من احد الزوجين فيباح للآخر أن يطلب الطلاق، لذا اعتبر الكل سببا واحدا للطلاق. وللقاضي السلطة التقديرية في أن يردّ الطلاق لهذا السبب وأن يحكم به بموجب المادة (٢٣٢) إذا توفرت الشروط التالية:

١ـ أن يكون العمل اراديا فان كان مجنونا، أو فاقدا وعيه لأيّ سبب كان لا يعتبر عمله سببا يشفع للآخر بالطلاق.

٢ـ أن يكون شخصياً أي مرجعها من أحدهما ضد الآخر فاذا كان على أقاربه أو من أقاربه يخرج من نطاق هذا السبب.

٣ـ أن يقع العمل أثناء قيام الزوجية بموجب المادة (٢٣٢).

٤ـ توفر الجسامة والعنف أمّا لشدة الفعل ذاته، أو لتكراره ويؤخذ بنظر الاعتبار المكانة الاجتماعية للمعنى، إذ قد يعتبر صفع الرجل زوجته عملا عاديا بالنسبة لامرأة وخطأ جسيما بالنسبة لأخرى.

٥ـ أن تبلغ القسوة وسوء المعاملة حدا يرى القاضي أن الاستمرار على الحياة الزوجية أصبح أمرا لا يطاق[1].

ويلاحظ على هذا القانون ما يلي:

١ـ أخذ بمبدأ التحديد القانوني لأسباب الطلاق وحصرها في نصوص التشريع. ويدل على ذلك نص المادة (٢٣٢) على أنه (في غير الحالات المنصوصة في المواد (٢٢٩ـ٢٣١) ليس للقضاة أن يحكموا بالطلاق الا بسبب القسوة وسوء المعاملة والاساءة.

٢ـ أخذ في تنظيم الطلاق بفكرة الجزاء واعتبر الطلاق عقابا للطرف الآخر المسبب لانهيار الكيان الزوجي ومن الجدير بالذكر أن هناك نظريتين في أساس تحديد أسباب الطلاق في جميع التشريعات الوضعية وهما: نظرية الطلاق كعقوبة (أو كجزاء)، ونظرية الطلاق كعلاج (أو كدواء) فأخذ القانون الفرنسي مبدأيا بالنظرية الأولى باعتبار أن الطلاق لا يتقرر الا إذا أخل أحد الزوجين أو كلاهما بالتزامّاته الزوجية[2].

---

[1] ينظر الدكتور الشرقاوي المرجع السابق ص٣٣ وما بعدها. الدكتور عبد الفتاح المرجع ص١٧٥ وما بعدها. د الدكتور حسن الاشموني الاحوال الشخصية في القانون الفرنسي ص٢٣.

[2] الدكتور عبد الباقي المرجع السابق ص١٧٢.

وبناء على ذلك لم يبح القانون الفرنسي الطلاق للأسباب الآتية:

أ ـ جنون أحد الزوجين.

ب ـ الغيبة.

ج ـ الامراض التناسلية.

د ـ أي سبب آخر من الأسباب التي لا تعتبر اخلالا بالالتزامات الزوجية.

وقد تبين لنا في الباب الرابع من هذا الكتاب:
أنّ الطلاق في نظر الشريعة الاسلامية ذو طبيعة
ازدواجية فهو علاج وعقاب ففي الايلاء ـ مثلا ـ
علاج لرفع ضرر الزوجة وعقاب للزوج، وفي نشوز
الزوجة عقاب لها وعلاج للزوج.. هذه هي صفة
الطلاق في أكثر وقائعه.
وقد يكون علاجا فقط إذا لم يكن هناك تقصير
من أي من الجانبين كما في حالات الأمراض
التناسلية أو العقلية أو المعدية وهذه الطبيعة
الازدواجية الشمولية هي التي تتفق مع الحكمة
التي اقتضت تقرير. (الطلاق في الشرائع والقوانين
والأعراف).

الملحق

هذا الملحق مقتبس من كتاب (الإسلام قبل المذاهب) الذي تم تأليفه قبل زهاء (٧٠) سنة من قبل جماعة من نوابغ العلماء وشيوخ الأزهر الشريف وقام بتصحيحه الأستاذ (زكريا علي يوسف) وانقله حرفيا في هذا الملحق، لعل الله يهدي به أصحاب العقول المتحجرة من الغارقين في النزعة المذهبية والصوفية والطائفية، الذين يبيحون زوجة عمرو لزيد قبل أن يطلقها عمرو ويتزوجها زيد، وظلوا هادمين للبيوت الأسرية على أهلها من الزوج والزوجة والأولاد بدون ذنب.

نص ما ورد في كتاب (الإسلام قبل المذاهب) ص١١٩-١٢٢:

مسائل لا يقع الطلاق إلا بها

١- الإشهاد على الطلاق والرجعة، لقوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لاَ تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلاَ يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لاَ تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا، فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَو فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾.[1]

فالأمر هنا للوجوب وهو قول ابن عباس.

روى الطبري في التفسير عنه قال: أن أراد مراجعتها قبل أن تنقضي عدتها أشهد رجلين، كما قال الله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ عند الطلاق وعند المراجعة، وقول عطاء رواه عبدالرزاق وعبد بن حميد قال: (الطلاق بالشهود).

٢- بطلان الرجعة إذا قصد بها الرجل المضارة، لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ أن أَرَادُوا إِصْلاَحًا﴾[2].

---

[1] سورة الطلاق/١-٢.

[2] سورة البقرة/٢٢٨.

٣- وجوب المتعة للمطلّقة لقوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾[1].
٤- عدة المرتابة لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوءٍ وَلاَ يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ﴾[2]. وقوله تعالى ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا﴾[3].

ثم يمضي الكتاب قائلا:

"ملخص ما سبق:

١- يجوز الطلاق قبل الدخول في أي وقت طلقة واحدة.
٢- يجوز الخلع أو الطلاق على مال أو المبارأة للمدخول بها وغير المدخول بها في أي وقت طلقة واحدة.
٣- المدخول بها إذا كانت من ذوات الحيض ولم تكن حاملا، يجوز طلاقها طلقة واحدة في طهر لم يمسها فيه.
٤- المدخول بها إذا كانت صغيرة لم تحض أو كبيرة أنقطع حيضها أنقطاعاً حقيقياً، يجوز طلاقها في أي وقت طلقة واحدة.
٥- الحامل المستبين حملها يجوز طلاقها في أي وقت طلقة واحدة.
٦- لا يقع الطلاق في الحيض ولا في النفاس ولا في طهر مسها المطلق فيه إلا إذا استبان حملها.
٧- الطلاق المعلق بجميع صوره وألفاظه لا يقع به شيء. أصلاً.
٨- اليمين بالطلاق لغوٌ ولا يقع به الطلاق.
٩- المعتدة لا يلحقها الطلاق."[4]

---

[1] سورة البقرة/٢٤١.
[2] سورة البقرة/٢٢٨.
[3] سورة الطلاق/٤.
[4] أي سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا لقوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾سورة الطلاق/١. واللام للتوقيت، أي في وقت تبدأ عدتهن مباشرة، والمطلقة لا تُطلق، والمعتدة لا تعتد، وإلا للزم تحصيل الحاصل، وهو مستحيل وباطل بإتفاق العقلاء.

١٠- الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع به إلا واحدة.
١١- لا يقع الطلاق إلا بلفظ أو دليل قصد به الانشاء.
١٢- لا يقع أي طلاق إلاّ إذا كان بحضرة شاهدي عدل سامعين فاهمين.
١٣- الإخبار بالطلاق والإقرار به لا يكون طلاقاً إلا إذا قصـد بـه الانشـاء، وتحققت شروط صحته حين الإخبار.
١٤- إذا اختلف الزوجان في أن الطلاق كان في حيض أو في نفاس أو في طهـر مسّـها فيه، فالقول قول مدعي الصحة مع يمينه.
١٥- لا تصح الرجعة إلا بالقول أو ما يـدل عليـه وبحضـرة شـاهدي عـدل سـامعين فاهمين.
١٦- لا تصح الرجعة إذا قُصد بها المضارة، ومن المضارة أن يراجعها قاصدا إلى إيقاع طلقة أخرى بعد الرجعة.
١٧- إذا ادعت المطلقة أن الرجعة قُصد بها المضارة، كانـت البيّنـة بيّنتهـا، والقـول قوله مع يمينه (إن لم تكن لها البينة).
١٨- تجب المتعة على المطلق للمطلقة قبل الدخول إذا كان مهرها غير مسمى.
١٩- تجب المتعة على المطلق لكل مطلقة بعد الدخول.
٢٠- ليس للمختلعة ولا للطلّقة بسبب، من قبلها شيء من المتعة.[1]
٢١- تُقدر المتعة على المطلّق بحسب حاله يسرا وعسرا، مهما كانت حالة المطلقة، مـع مراعاة الظروف التي حصل فيها الطلاق.
٢٢- لا تُصدق المعتّدةُ من ذوات الحيض في أنقضاء عدتها بالحيض قبل مضي ثلاثـة أشهر كاملة من تأريخ الطلاق.
٢٣- إذا ادعت المعتدة من ذوات الحيض غير الحامل وغير المرضع أنه لا يأتيها الحيض في كل شهر مرة، كانت عدتها ثلاثة أشهر كاملة من تأريخ الطلاق.
٢٤- إذا ادعت المعتدة المرضع ما تقدم في المادة السابقة، كانت عـدتها ثلاثـة أشـهر تبدأ من اليوم التالي لإتمام رضيعها السنة الأولى من عمره.

[1] أي إذا كانت هي المقصرة والمسببة للخلع أو الطلاق.

وبعضي الكتاب قائلا:

"ونزيد على ذلك:

أ- لا يقـع الطـلاق إلا بالألفـاظ الشـرعية، كـ(أنت مطلقـة) أو (أنـت مسـرحة) أو (فارقتك) أو (الحقي بأهلك)"[1].

ب- لا يقع الطلاق إلا عن وتر ورغبة أكيدة.

ج- لا يقع الطلاق في اغلاق، أي في حالة غضب شديد لا يعي ما يقول.

... أنتهى

ربِّ زدني علماً وألحقني بالصالحين

---

[1] أي بالنسبة لمن يجيد اللغة العربية، أمّا بالنسبة لغيره فيؤخذ بمعاني هذه الألفاظ في لغة المطلق.

أهم مراجع الكتاب

● المراجع الاسلامية

● تفاسير القرآن الكريم

١. ابن العربي (أبو بكر محمد بن عبد الله المالكي المعروف بابن العربي ٤٦٨ـ٥٤٣هـ) أحكام القرآن تحقيق محمد علي البجاوي ط/٢ مطبعة عيسى البابي.

٢. أبو حيان (محمد بن يوسف بن علي بن يوسف بن حيان الغرناطي الاندلسي ٦٥٤ـ٧٤٥هـ) التفسير الكبير المسمى بالبحر المحيط. مطبعة السعادة ـ القاهرة ١٣٢٨هـ.

٣. الجصاص (الامام أبو بكر أحمد بن علي الرازي ت ـ٣٧٠هـ) أحكام القرآن . تحقيق محمد صادق قمحاوي.

٤. الرازي (الامام فخر الرازي ت ـ ٦٠٦هـ)، التفسير الكبير، المطبعة البهية المصرية ـ القاهرة.

٥. الطبري (أبو جعفر محمد بن جرير الطبري ٢٢٤ـ٣١٠هـ)، تفسير الطبري. طبعة دار المعارف ـ القاهرة ١٩٦٦م.

٦. القرطبي (أبو عبد الله محمد بن أحمد الانصاري القرطبي ت ـ٦٧١هـ) الجامع لأحكام القرآن ط/٣، ١٣٨٧هـ ـ١٩٦٧م.

● الحديث الشريف وشروحه:

١. أبو داود (سليمان بن الأشعث السجستاني) سنن أبي داود مع حاشية عون المعبود، طبعة دار الكتاب العربي ـ بيروت.

٢. البخاري (الامام أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري ١٩٤ـ٢٥٦هـ) صحيح البخاري طبعة بولاق ١٣١٤هـ.

٣. البيهقي (الامام أبو بكر أحمد بن الحسين النيسابوري ٣٨٤ـ٤٥٨هـ) السنن الكبرى طبعة حيدر آباد ١٣٤٧هـ.

٤. الشوكاني (محمد بن علي بن محمد الشوكاني ت ـ١١٢٥هـ)، نيل الأوطار شرح منتقى الاخبار من أحاديث سيد الاخيار. مطبعة البابي الحلبي.

٥. العسقلاني (أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ٧٧٣-٨٥٢هـ) فتح الباري شرح صحيح البخاري. نشر وتوزيع المملكة العربية السعودية.
٦. بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام مع شرحه سبل السلام للصنعاني. مطبعة العاطف.
٧. العيني (الأمّام بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد ت ٨٥٥هـ) عمدة القاري شرح صحيح البخاري. الطباعة المنيرية.
٨. النووي (أبو زكريا يحيى بن شرف ت ٦٧٧هـ) شرح النووي على صحيح مسلم.

● الكتب الفقهية:

● الفقه الحنفي:

١. ابن الهمام (الأمّام كمال الدين محمد بن عبد الواحد ت ٦٨١هـ) شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني ت ٥٩٣هـ
٢. ابن عابدين (محمد أمين الشهير بابن عابدين) رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ط/٢، ١٣٨٦هـ ١٩٦٦م.
٣. الزيلعي (عثمان بن علي الزيلعي)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ط/٣.
٤. السرخسي (شمس الدين السرخسي) المبسوط مطبعة السعادة - مصر ١٣٢٤هـ.
٥. الكاساني (علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني ت ٥٨٧هـ) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ط الأمّام.

● الفقه المالكي:

١. الدردير (سيدي أحمد الدردير) شرح الصغير مع حاشية الصاوي (أحمد الصاوي) بلغة السالك لأقرب المسالك ط دار الفكر - بيروت.
٢. الدسوقي (شمس الدين محمد عرفة الدسوقي)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير ط دار احياء الكتب العربية.
٣. الخرشي (أبو عبد الله محمد الخرشي) شرح الخرشي على المختصر الجليل للأمّام أبي ضياء سيدي خليل ط/٢ بولاق ١٣١٧هـ
٤. القرافي (شهاب الدين أبو العباس أحمد بن ادريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المعروف بالقرافي) الفروق ط/١، ١٣٤٤هـ
٥. المنتقى للباجي (سلمان بن خلف) شرح موطأ أمّام مالك.

● الفقه الشافعي:

١. الأردبيلي (يوسف الأردبيلي) الانوار لأعمال الأبرار مع حاشيتي الكمثري والحاج ابراهيم ط الحلبي - القاهرة.

٢. الباجوري (ابراهيم الباجوري)، حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم الغزي ط احياء الكتب العربية.
٣. الشيرازي (أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي) المهذب ط عيسى البابي الحلبي ـ مصر.
٤. الشربيني (محمد الخطيب الشربيني)، مغني المحتاج. ط الاستقامة ـ القاهرة ١٣٧٣هـ

● الفقه الحنبلي:

١. ابن قدامة (أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ت ـ ٦٢٠هـ) المغني على مختصر الخرقي. نشر مكتبة الرياض الحديثة.
٢. ابن تيمية (شيخ الاسلام أحمد بن تيمية)، مجموع فتاوى ابن تيمية. ط مكتبة المعارف ـ الرباط ـ المغرب.
٣. ابن قيم الجوزية (شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر ت ـ ٧٥١هـ). أعلام الموقعين عن رب العالمين، نشر مكتبة الكليات الأزهرية.
٤. اغاثة اللهفان من مصايد الشيطان ط مصطفى البابي.
٥. زاد المعاد، هدي خير العباد
٦. محمد خاتم النبيين وأمّام المرسلين ـ المطبعة المصرية.

● الفقه الجعفري:

١. الحلّي (جعفر بن الحسن الحلّي الملقب بـالمحقق ٦٠٢ـ٦٧٦هـ) المختصـر النـافع فقه الأمّامية ط ١٣٨٣هـ شرائع الاسـلام في الفقـه الاسـلامي الجعفـري، منشورات دار مكتبة الحياة.
٢. الطوسي (الأمّام أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي)، كتاب الخلاف في الفقه ط تابان طهران.
٣. الطبرسي (الأمّام حسين النوري الطبرسي)، مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل ط طهران ١٣٨٢هـ
٤. العاملي (الشهيد السعيد زين الدين الجبعي العاملي) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية.
٥. شرائع الاسلام للمحقق (نجم الدين ابي القاسم).

● الفقه الزيدي

١. الشوكاني (محمد بن علي الشوكاني)، الدراري المضية شرح الدرر البهية ط/١، ١٣٤٧هـ

٢. الصنعاني (القاضي أحمد بن القاسم العنسي اليماني الصنعاني). التاج المذهب شرح متن الأزهار ط/١٣٦٦هـ ـ١٩٤٧م.

● الفقه الأباضي:

١. أطفيش (محمد بن يوسف أطفيش)، شرح النيل وشفاء العليل ط السلفية ـ القاهرة ١٣٤٣هـ

٢. السالمي (أبو محمد عبد الله بن حميد السالمي)، جوهر النظام في علمي الأديان والأحكام، تحقيق ابراهيم أطفيش الجزائري ط السلفية.

● الفقه الظاهري:

١. ابن حزم (أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ت ـ ٤٥٦هـ) المحلى ط المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع ـ بيروت. معجم فقه ابن حزم الظاهري ط ١٣٨٥هـ ـ١٩٦٦م.

● الفقه المقارن:

١. ابن رشد (الأمّام أحمد بن محمد القرطبي الاندلسي الشهير بابن رشد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ط/١، ١٣٢٩هـ

٢. الشعراني (الأمّام سيدي عبد الوهاب الشعراني) الميزان الكبرى.

● قوانين الأحوال الشخصية:

١. القانون العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.

٢. القانون المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ المعدل بقانون رقم (٤٤) لسنة ١٩٧٩م.

٣. القانون الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٧٦.

٤. القانون الأردني رقم (٢٥) لسنة ١٩٧٧.

٥. القانون السوري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٥.

٦. القانون الجزائري (المشروع التمهيدي لقانون الأحوال الشخصية) الصادر سنة ١٩٨١.

٧. القانون التونسي (مجلة الأحوال الشخصية التونسية) الصادرة سنة ١٩٥٦.

٨. القانون التونسي (مجلة الأحوال الشخصية) لسنة ١٩٧٦.

٩. القانون المغربي (مدونة الأحوال الشخصية) لسنة ١٩٥٧.

● المراجع الحديثة:

١. أحمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام.

٢. أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون.

٣. الصابوني (عبد الرحمن الصابوني)، مدى حرية الزوجين في الطلاق.

٤. كمال أحمد عوف، الطلاق في الإسلام محدد ومقيد.
٥. المراجع الأخرى المذكورة في الهوامش.

● المراجع الموسوية:

١. التوراة
٢. شعار الخضر في الأحكام الشرعية الاسرائيلية للقرائين للباهو بشيامي تعريب وشرح مراد فرج، مطبعة الرغائب ـ القاهرة ١٩١٧.
٣. التوراة والتاريخ عدد (١٤) سلسلة كلام الله، تعريب الأب عمّانوئيل، المطبعة العصرية ـ الموصل ١٩٦٥.
٤. التوراة سفر تثنية الاشتراع والتكوين من الكتب المقدسة، المطبعة الامريكية ـ بيروت ١٩١٣م.
٥. القرائون والربانون، مراد فرج، مطبعة الرغائب ـ القاهرة ١٩١٨م.
٦. الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للاسرائيليين، مسعود حاي بن شمعون، طبعة القاهرة ١٩١٢م.

● المراجع المسيحية:

١. انجيل متي، انجيل لوقا، انجيل مرقص، كتاب العهد الجديد ليسوع المسيح ط/٣ مطبعة الزمان ـ بغداد ١٩٥٦.
٢. المجموع الصفوي.
٣. قواعد الأرمن الأرثوذكس، الدكتور اهاب حسن اسماعيل.
٤. قواعد الروم الأرثوذكس، الدكتور اهاب حسن اسماعيل.
٥. حياة السيد المسيح، فاروق الدملوجي.
٦. انحلال الزواج في شريعة الأقباط الارثوذكس للدكتور اهاب حسن اسماعيل ١٩٥٩م.

● الأحوال الشخصية لغير المسلمين:

١. الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين وللأجانب للدكتور أحمد سلامة ط/٢، ١٩٦٢.
٢. أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين للدكتور توفيق حسن فرج ط/١، ١٩٦٢.
٣. أحكام الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين، حلمي بطرس. الأحوال الشخصية للطوائف غير الإسلامية من المصريين في الشريعتين (المسيحية والموسوية) للدكتور محمد محمود عبد ألفي.

٤. الأحوال الشخصية لغير المسلمين الوطنيين والأجانب، ـ محاضرات، الدكتور جميل الشرقاوي.
٥. اخلال الزواج في حياة الزوجين في التشريعات الأوربية الدكتور جميل الشرقاوي.
٦. تطور قانون الطلاق في أوربا الدكتور سيمسون.
٧. القوانين والأحكام السياسية في التشريع السوفيتي ١٩٧٢.
٨. القانون الدولي والملي الخاص مستر فردريك كودي.
٩. الأحوال الشخصية للأجانب الدكتور جميل خنكي.
١٠. الزواج قيامه.آثاره.انقضاؤه في القانون الفرنسي.الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي.
١١. مجلة عائلة اليوم الصادرة من الفاتيكان العدد السابع ١٩٨٤.
١٢. المراجع الأخرى المذكورة في الهوامش.

● التشريعات العراقية القديمة:

١. قانون أورنمو.
٢. قانون أشنونا.
٣. قانون لبت عشتار.
٤. قوانين حمورابي.
٥. القانون الحيثي.
٦. القوانين الآشورية الوسيطة.

● الترجمة، والتعليق، والشرح للتشريعات العراقية القديمة:

١. الدكتور محمود الأمين، قوانين حمورابي، مستل من مجلة كلية الآداب عدد (٣) كانون الثاني ـ بغداد ١٩٦١م.
٢. الدكتور فوزي رشيد، الشرائع العراقية القديمة ط دار الحرية ـ بغداد ١٩٧٩م.
٣. الدكتور عامر سليمان، القانون العراقي القديم.
٤. الدكتور صبيح مسكوني، تاريخ القانون العراقي القديم.
٥. الأستاذ عبده حسن الزيات، مجلة القضاء، السنة الثانية، العدد الخامس، كانون الأول ١٩٣٦م.
٦. الدكتور إبراهيم عبد الكريم الغازي، تاريخ القانون في وادي الرافدين والدولة الرومانية.

● المراجع التاريخية

١. أدوارد وستر مارك، قصة الزواج، ترجمة عبد المنعم الزيادي. أحمد أمين، فجر الإسلام.

٢. ابن حبيب (أبو جعفر محمد بن حبيب البغدادي)، المحبر، مطبعة حيدر آباد الدكن الهند ١٣٦١هـ.
٣. الألوسي (محمود شكري)، بلوغ الأرب في معرفة أحوال العرب. شرح وتصحيح وضبط بهجت الأثري، المطبعة الرحمانية ١٩٢٤م.
٤. الأصبهاني (علي بن الحسين الاصبهاني) كتاب الأغاني. مصور عن طبعة دار الكتب.
٥. أحمد شبلي، مقارنة الأديان (الهند الكبرى).
٦. بواليم ميخائيل، تاريخ القانون في مصر.
٧. توفيق السويدي العباسي، حقوق الرومانيين، طبعة الفلاح ١٩٢٢م.
٨. الدكتور جواد، تاريخ العرب قبل الإسلام.
٩. حامد عبد القادر، قادة الفكر في الشرق والغرب.
١٠. الدكتور عبد الوهاب عزام
١١. إيران في عهد الساسانيين.
١٢. الدكتور يحيى الخشاب.
١٣. فاروق الدملوجي، الألوهية في المعتقدات الوثنية.
١٤. محمد حافظ صبري، المقارنات والمقابلات ط/١، ١٣٢٠هـ ـ ١٩٠٢م.
١٥. المحمصاني (الدكتور صبحي المحمصاني)، الأوضاع التشريعية في الدول العربية، ماضيها وحاضرها ط/٢، ١٩٦٥م.
١٦. الدكتور محمد سلام زناتي (المرأة عند قدماء اليونان) (المرأة عند الرومان)، دار الجامعات العربية للطباعة ١٩٥٨م.
١٧. الميداني (أبو الفضل أحمد بن محمد النيسابوري)، مجمع الأمثال ط القاهرة ١٣٤٤هـ.
١٨. محمد عبد السلام، فلسفة الهند القديمة (ثقافة هندية) ط ١٩٥٣م.
١٩. نورمان (الدكتور بلمر)، النظام السياسي في الهند ترجمة وتقديم الدكتور محمود فتح الله، تصوير حسن جلال العروسي.
٢٠. وليام لانجر، موسوعة تاريخ العالم، أشرف على ترجمته الدكتور محمد مصطفى زيادة.
٢١. ول ديورانت، قصة الحضارة.

● القانون الروماني وشروحه:

١. مدونة جوستنيان في الفقه الروماني، ترجمة الدكتور عبد العزيز فهمي ط ١٩٤٦م.
٢. الدكتور شاب توما، القانون الروماني.
٣. الدكتور محمود مصطفى، القانون الروماني، ط/٣، ١٩٥٩م.

٤. الدكتور عبد المنعم البدراوي مبادئ القانون الروماني (تاريخه ونظمه) طبع دار الكتاب العربي مصر ١٩٥٤م.

● المعاجم:

١. الموسوعة الميسرة، دار القلم ومؤسسة فرانكلين للطباعة والنشر ـ القاهرة ١٩٦٥م.

٢. دائرة المعارف القرن العشرين، والقرن الرابع عشر، تأليف محمد فريد وجدي، مطبعة دار المعارف القرن العشرين ـ القاهرة.

٣. دائرة المعارف، تأليف المعلم بطرس البستاني، طبعة بيروت ١٨٧٦م.

● المراجع باللغات الاجنبية:

١. اللغة الانكليزية

1.American FamiLY Law in Transition by walter O. wegrausn and sanfordn. Katz (1983).
2. divorcE In ENGLAND
relevant Statutes
D. R..a 69 Law of divorce reformeD By divorce
ReForm act 1969
m.c.a 73 law of divorce consoLiDateD matri –
moniaL causes ast. 1973
m.p.a 84 amendments matrim oniaL
proseedinGs ast 1984

٢. اللغة الالمانية

dr. KhaLiL aBBASi
die recHtLi cHe sTeLLunG Der fraus. 72-74
KOLN – 1965

٣. اللغة الروسية

a.m. Hezaeba. BpaK, cem6 ЈL, 3aKoH.
HOCKba1984c.58-73

٤. اللغة الفرنسية:

1.Traite eLementaire du dorit: pLanioL, ripert & bouLanger civiL t. 1, paris 1949
2. Le bras: divorce et separtion de corps dans Les LegisLations positives. Europe, paris 1952M.
Depitre